

Die öffentlichen Bauten in den Landesbauordnungen und im Bundesbaugesetz

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von Monika Günther

Assessorin in Berlin

~~1983~~
1984

Die öffentlichen Bauten in den Landesbauordnungen
und im Bundesbaugesetz

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei dem

Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von Monika Günther

Assessorin in Berlin

1983

Erstgutachter: Prof. Dr. iur. Dieter Wilke

Zweitgutachter: Prof. Dr. iur. Heinz Wagner

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Oktober 1984

Gliederung

Einleitung	1
A. Verfahrensrecht der Landesbauordnungen	3
I. Historische Entwicklung des Zustimmungsverfahrens im ehemalg preußischen Gebiet	3
II. Das Zustimmungsverfahren der Landesbauordnungen	10
1. Voraussetzungen	10
a) Bauliche Anlage	11
b) Genehmigungsbedürftigkeit	13
c) Bund und Länder als Träger des Vorhabens	15
aa) Organisationsform	15
bb) Zustimmung der Länder zu Vorhaben anderer Bundesländer	20
cc) Rechtsbeziehung des Trägers zum Vorhaben	22
d) Leitung der Entwurfsarbeiten und Überwachung in den Händen bestimmter Personen	24
2. Die Verfahrensregelungen im einzelnen	26
a) Grundsätzliche Anwendbarkeit der Genehmigungsregelungen	26
b) Das Recht des öffentlichen Bauherrn auf Wahl des Verfahrens	27
c) Abweichungen von den Genehmigungsvorschriften	29
aa) Der Zustimmungsantrag	29
bb) Entscheidungsbefugte Behörde	31
cc) Ausnahmen und Befreiungen	31
dd) Nennung der Verantwortlichen	33

ee) Umfang der Überprüfung des Antrages	34
ff) Anhören der Gemeinde	35
gg) Beteiligung anderer Behörden	37
hh) Nebenbestimmungen	38
ii) Umfang der Ersetzungswirkung	38
jj) Verzicht auf Überwachung und Abnahme	40
3. Zustimmungsverfahren für Vorhaben anderer Rechtssubjekte als Bund und Länder	40
a) Bayerische Bezirke	40
b) "Dritte" in Bayern	41
c) "Andere Stellen" in Berlin	42
d) Stadtgemeinden in Bremen	44
e) Gesetzlich bestimmte juristische Personen in Schleswig-Holstein	45
III. Modifiziertes Genehmigungsverfahren für öffentliche Bauten in Rheinland-Pfalz	46
IV. Das Anzeigeverfahren für öffentliche Bauten	47
V. Mitteilungspflicht für Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen	48
VI. Einschränkung des Kreises zustimmungsbedürftiger Vorhaben	53
1. Vorhaben, die nach anderen Rechtsvorschriften zumindest staatlicher Aufsicht unterliegen	54
2. Genehmigungen, die die Baugenehmigung enthalten	56
a) Erlaubnisse aufgrund der Rechtsverordnungen zu § 24 GewO	56
b) Genehmigung nach § 17 SprengG	58
c) Genehmigungen nach §§ 4, 19 BImSchG	60

d) Genehmigung nach § 7 AtG	63
3. Planfeststellungen und Plangenehmigungen	66
a) Konzentrationswirkung der Planfeststellung in bezug auf Baugenehmigung und Zustimmung	67
b) Planfeststellungspflichtige Vorhaben des Bundesrechts	71
aa) Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn	71
bb) Versuchsanlagen zur Erprobung von Techniken für den spurgeführten Verkehr	80
cc) Bundeswasserstraßen	81
dd) Bundesfernstraßen	86
ee) Straßenbahnen und Obusse	89
ff) Flughäfen sowie Landesplätze mit beschränktem Bauschutzbereich	95
gg) Telegrafienlinien	97
hh) Ortsfeste Abfallbeseitigungsanlagen	99
ii) Anlagen des Bundes zur Sicherstellung und Endlagerung radioaktiver Abfälle	101
jj) Gewässer, Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluß beseitigen	101a
kk) Gemeinschaftliche Anlagen der Flurbereinigung	104
4. Verbleibender Anwendungsbereich des Zustimmungsverfahrens	106
VII. Bindung des hoheitlich handelnden Bundes an das Verfahrensrecht der Länder	107
1. Bauen als hoheitliche Tätigkeit	109
2. Verfahrensregelungen als Eingriffe	112
3. Anwendbarkeit des Verfahrensrechts der Länder auf den hoheitlich bauenden Bund	112

VIII. Grenzen der Gesetzgebungskompetenz für das Bauordnungsrecht 116

1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenz für das materielle Bauordnungsrecht zwischen Bund und Ländern 116

a) Grundsätzliche Landeskompetenz 116

b) Ausnahme: Kompetenz des Bundes 117

aa) Abgrenzungskriterium des Bundesverfassungsgerichts 119

bb) Kriterien der Lehre 120

cc) Folgerungen und Ergebnis 122

c) Sperrwirkung der Kompetenz des Bundes für die Länder 126

aa) Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs als selbständige Zuständigkeitszuweisung 126

bb) Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs als Auslegungsregel 128

cc) Folge für die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes 129

d) Geltung des materiellen Baurechts der Länder für öffentliche Bauten des Bundes 132

2. Verteilung der Kompetenzen für das formelle Bauordnungsrecht 133

a) Grundsatz der Länderzuständigkeit 133

b) Bundeszuständigkeiten 134

c) Einzelfragen 137

aa) Anwendbarkeit der Zustimmungsvorschriften der VOöB 137

bb) Mitteilungspflichten des Bundes 140

(1) Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen 140

(2) Anlagen, die dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen	142
(3) Anlagen des Bundes, die dem zi- vilen Bevölkerungsschutz dienen	144
B. Verfahren nach § 37 BBauG	147
I. Vorhaben(des Bundes oder eines Landes)	148
1. Vorhaben im Sinne des § 29 BBauG	149
a) Bauliche Anlage	149
b) Bauaufsichtliches Verfahren	150
c) Vorhaben der Landesverteidigung	151
2. Vorhaben im Sinne des § 14 BBauG	152
II.(Vorhaben)des Bundes oder eines Landes	152
III. Besondere öffentliche Zweckbestimmung	153
IV. Verfahren nach § 37 Abs. 1 BBauG	156
V. Verfahren nach § 37 Abs. 2 BBauG	159
1. Vorhaben des § 37 Abs. 2 BBauG	159
a) Vorhaben, die der Landesverteidigung dienen	160
b) Vorhaben, die dem zivilen Bevölke- rungsschutz dienen	160
c) Vorhaben, die dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen	161
2. Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde	162
3. Entscheidung des zuständigen Bundesmini- sters	165
C. Materielles Recht für öffentliche Bauten	167
I. Bauordnungsrecht der Länder	167
1. Materiell-rechtliche Anforderungen an das öffentliche Bauvorhaben	167
2. Besondere Verantwortlichkeit des öffentli- chen Bauherrn	168

a) Bedeutung der alleinigen Verantwortung	169
b) Ende der besonderen Verantwortlichkeit	172
II. Bauplanungsrecht	174
1. Ausnahme von den Planverwirklichungsgeboten	174
2. Befreiung vom Planungsrecht	177
a) § 37 BBauG als materiell-rechtliche Regelung	177
b) Voraussetzungen der Befreiung	179
3. Verhältnis von Ortsplanung zur Fachplanung	180
a) Planung von Bundesfern- und -wasserstraßen	180
b) Von § 38 BBauG erfaßte Planfeststellungen	181
c) Von § 38 BBauG nicht erfaßte Fachplanungen	186
D. Eingriffsbefugnisse der Bauaufsicht gegenüber einem öffentlichen Bauherrn	189
I. Eingriffsbefugnisse der Baupolizei	189
1. Baueinstellung	189
2. Abrißverfügung und Nutzungsuntersagung	190
3. Anordnungen wegen tatsächlicher Veränderungen der Anlage	190
4. Anpassung an Rechtsänderungen	191
II. Anwendbarkeit der Eingriffsbefugnisse auf den Staat als Baupolizeipflichtigen	191
E. Rechtsschutz im Zusammenhang mit einem öffentlichen Bauvorhaben	195
I. Ansprüche der Nachbarn	195
1. Beseitigung der Bauerlaubnis	196
a) Widerspruch und Anfechtungsklage	196

aa) Rechtsnatur der Bauerlaubnis	196
(1) Bauaufsichtliche Zustimmung	196
(2) Städtebauliche Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG	199
bb) Rechtswidrigkeit der Bauerlaubnis	201
cc) Klagebefugnis und Rechtsverletzung	205
(1) Subjektive Rechte aus dem materiellen Recht	206
(2) Subjektive Rechte aus dem Verfahrensrecht	207
b) Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung	213
c) Antrag auf Feststellung des Suspensiveeffekts	214
2. Beseitigung des Bauwerkes	215
a) Vorgehen gegen das Land, dem die Bauaufsichtsbehörde angehört	215
aa) Antrag auf Folgenbeseitigung	215
bb) Antrag auf Erlass einer Abrißverfügung	217
b) Vorgehen gegen den öffentlichen Bauherrn	218
II. Ansprüche der Gemeinden	220
1. Abwehransprüche	220
2. Entschädigungsansprüche	223
a) Anspruch aus § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG	224
b) Anspruch aus § 37 Abs. 3 Satz 2 BBauG	225
c) Prozessuales	227
III. Abwehransprüche der Länder	227
1. Voraussetzungen	228
2. Erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes	229

IV. Rechte des öffentlichen Bauherrn gegen- über Maßnahmen der Bauaufsichtsbehörde und der Gemeinde	231
1. Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis	231
a) Bauaufsichtliche Zustimmung	231
b) Städtebauliche Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG	234
2. Vorgehen gegen belastende Maßnahmen	235
3. Vorgehen gegen das "Verlangen" der Gemein- de nach § 39 i Abs. 2, 3 BBauG	236
Schlußbetrachtung	239

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert Zulässigkeit und Schranken
stillschweigender Bundes-
zuständigkeiten im gegen-
wärtigen deutschen Verfas-
sungsrecht,
AÖR 86 (1961), 63 ff.
- Aubert, Joachim;
Ulrich Klingler Fernmelderecht. Systemati-
sche Darstellung, II. Teil,
3. Aufl. 1976
- Baltz, Constanx Preußisches Baupolizeirecht,
4. Aufl. 1910
- Baltz/Fischer Preußisches Baupolizeirecht,
6. Aufl. 1934, unveränderter
Neudruck 1954
- Bartlsperger, Richard Das Dilemma des baulichen
Nachbarrechts,
VerwArch. 60 (1969), 35 ff.
- Baumanns, Lothar Verfahrensrecht und Praxis
der Bauaufsicht,
1982
- Bender, Bernd Staatshaftungsrecht - Scha-
densersatz-, Entschädigungs-
und Folgenbeseitigungspfli-
chten aus hoheitlichem Un-
recht,
2. Aufl. 1974
- Bettermann, Karl August Anfechtung von Verwaltungs-
akten wegen Verfahrensfeh-
lern,
in: Hamburg - Deutschland -
Europa, Festschrift für Hans
Peter Ipsen zum siebzigsten
Geburtstag (Hrsg. Stödter
und Thieme), S. 271 ff.
1977
- Bidinger, Helmut Personenbeförderungsrecht.
Kommentar zum Personenbeför-
derungsgesetz nebst sonstigen
einschlägigen Vorschriften,
Loseblattsammlung, Stand
Juli 1982

- Blümel, Willi Die Bauplanfeststellung Teil
1: Die Planfeststellung im
preußischen Recht und Reichs-
recht,
1961
- Blumenbach, Martin;
Otto Groschupf Kommentar zur Niedersächsi-
schen Bauordnung,
1977
- Blumenwitz, Dieter Typische Konflikte zwischen
Verwaltungsträgern und ihre
Regelung im deutschen Verwal-
tungsrecht,
AÖR 96 (1971), 161 ff.
- Böhm, Otto Die baurechtliche Behandlung
öffentlicher Bauten,
DVB1 1959, 726 ff.
- Böhm, Otto Das Verhältnis von Hoheitsträ-
gern untereinander,
DÖV 1962, 257 ff.
- Born, A. Das preußische Baupolizeirecht,
1902
- Bramer, Gottfried Konzentrationswirkung der Plan-
genehmigung nach § 41 Abs. 4
Satz 1 FlurbG?,
NuR 1981, 201 ff.
- Bramer, Gottfried Antwort zu den vorstehenden
Anmerkungen von H. Gerdorf,
NuR 1982, 252 ff.
- Breuer, Rüdiger Die hoheitliche raumgestalten-
de Planung. Wirkungsbereich
und Zusammentreffen von Plan-
feststellungen, fachlichen
Nutzungsregelungen, Bauleit-
plänen und Plänen der Raumord-
nung,
jur. Diss. Bonn 1967/68
- Breuer, Rüdiger Anmerkung zu BVerfG, U.v. 10.
3.81 - 1 BvR 92, 96/71 -,
DVB1 1981, 971
- Breuer, Rüdiger Baurechtlicher Nachbarschutz,
DVB1 1983, 431 ff.

- Brinkschulte, Hubert Zentrale Planung im ländlichen Raum. Zur Frage übergreifender Befugnisse der Flurbereinigungsbehörden und ihrer Koordination mit anderen Fachplanungen. Zugleich ein Beitrag zur historischen Entwicklung des Rechts der Planfeststellung, jur. Diss. Bonn 1981
- Brohm, Winfried Landeshoheit und Bundesverwaltung. Die Exemption der Bundesverwaltung von der Landeshoheit. Vorfragen der Planung im Bundesstaat, 1968
- Brohm, Winfried Straßenplanung und Bauleitplanung in: Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung (Hrsg.: Bartlsperger, Blümel, Schroeter), S. 343 ff., 1980
- Brohm, Winfried Kompetenzüberschneidungen im Bundesstaat, DÖV 1983, 525
- Brügelmann, H. Bundesbaugesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand März 1983
- Bullinger, Martin Mineralölföhrleitungen 1962
- Bullinger, Martin Ungeschriebene Kompetenzen im Bundesstaat, AÖR 96 (1971), 237 ff.
- Degenhart, Christoph Zum Aufhebungsanspruch des Drittbetroffenen beim verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, DVBl 1981, 201 ff.
- Dölker, Wolfgang Das Verhältnis von luftrechtlichem Planfeststellungs- und städtebaulichem Planungsrecht, BayVB1 1975, 377 ff.
- Dörge, Hans Das Verhältnis von Hoheitsträgern untereinander, DÖV 1961, 527 ff.

- | | |
|---|---|
| Dolde, Klaus-Peter | Grundrechtsschutz durch einfaches Verfahrensrecht?, NVwZ 1982, 65 ff. |
| Domnig, Heinz; Rüdiger Koch, Leopold Fuß | Bauordnungsrecht Schleswig-Holstein. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Oktober 1981 |
| Drews/Wacke/Vogel/Martens | Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 2. Band von Wolfgang Martens, 8. Aufl. 1977 |
| Eger, Georg | Eisenbahnrecht
1910 |
| Erichsen, Hans-Uwe; Wolfgang Martens | Das Verwaltungshandeln in: Allgemeines Verwaltungsrecht (Hrsg.: Erichsen, Martens), S. 121 ff.
5. Aufl. 1981 |
| Ernst, Werner; Werner Hoppe | Das öffentliche Bau- und Bodenrecht,
2. Aufl. 1981 |
| Ernst, Werner; Willy Zinkahn, Walter Bielenberg | Bundesbaugesetz. Loseblattsammlung, Stand Juni 1982 |
| Eyermann, Erich; Ludwig Fröhler | Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar,
8. Aufl. 1980 |
| Fickert, Carl | Inhalt, Rechtswirkungen und Anwendungsbereich der straßenrechtlichen Planfeststellung in: Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung (Hrsg.: Bartlsperger, Blümel, Schroeter), S. 384 ff.
1980 |
| Fickert, Hans Karl | Zulässigkeit von Bauvorhaben. Baugenehmigung, Baunutzung, Baunachbarrecht. Sytematische Erläuterung der §§ 29 bis 39 des Bundesbaugesetzes, der Baunutzungsverordnung und des Baugenehmigungsverfahrens,
2. Aufl. 1968 |

- Fielitz, Karl-Heinrich; Eberhard Montigel Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Februar 1983
- Finger, Hans-Joachim Eisenbahngesetze, 6. Aufl. 1970
- Finger, Hans-Joachim Kommentar zum Allgemeinen Eisenbahngesetz und Bundesbahngesetz mit Bundesbahnvermögensgesetz und Verwaltungsordnung, 1982
- Finkelburg, Klaus Zur aufschiebenden Wirkung beim Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, DVBl 1977, 677 ff.
- Finkelburg, Klaus; Karsten-Michael Orloff Öffentliches Baurecht, 1981
- Förster, Hans; Albrecht H. Grundel, Ernst-Günter Pflug, Dietrich Steinhoff Bauordnung für Berlin. Kommentar, 3. Aufl. 1980
- Frank, Gerhard Die bauordnungsrechtliche Verantwortung des öffentlichen Bauherrn im Zustimmungsverfahren, ArchPF 1980, 116 ff.
- Friesecke, Albrecht Bundeswasserstraßengesetz. Kommentar, 2. Aufl. 1981
- Friesecke, Albrecht Erläuterungen zum Bundeswasserstraßengesetz in der Systematischen Sammlung der Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen "Das Deutsche Bundesrecht" VI D 20, Loseblattsammlung, Stand August 1983
- Fromm, Günter Öffentlich-rechtliche Fragen beim Bau von Untergrundbahnen, DVBl 1969, 89 ff.

- Fromm, Günter Zur Benachteiligung der öffentlichen Hand als Bauherr und Unternehmer im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren, GewArch. 1977, 73 ff.
- Gädtke, Horst; Heinz-Georg Temme Kommentar zur Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen - Landesbauordnung - (BauONW), 6. Aufl. 1979
- Ganschezian-Finck Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957, 285 ff.
- Gelzer, Konrad Bauplanungsrecht, 3. Aufl. 1979
- Gerdorf, Heinrich Nochmals: Konzentrationswirkung der Plangenehmigung nach § 41 Abs. 4 Satz 1 FlurbG, NuR 1982, 251 ff.
- Giemulla, Elmar; Ulrich, Lau, Dirk Barton Luftverkehrsgesetz, Kommentar. Frankfurt am Main, Loseblattsammlung, Stand März 1983
- Goerlich, Helmut Nachbarschutz durch Verfahrensrechte - Zur Entwicklung formeller Rechte gegen Verfahrensfehler zu Lasten Dritter, DÖV 1982, 631 ff.
- Götz, Volkmar Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl. 1982
- Greif, Wolfgang Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, 1961
- Giemulla, Elmar; Ulrich, Lau, Dirk Barton Luftverkehrsgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand März 1983
- Grosse-Suchsdorf, Ulrich; Hans Karsten Schmaltz, Reinold Wierchert Niedersächsische Bauordnung, 2. Aufl. 1978
- Grundgesetz-Kommentar Hrsg. Ingo von Münch, Band 3, 1978
- Haedrich, Heinz Erläuterungen zum Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren in der Sy-

- stematischen Sammlung der Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen "Das Deutsche Bundesrecht", III E 50, Loseblattsammlung, Stand August 1983
- Haenel, Albrecht Deutsches Staatsrecht, 1. Band: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, 1892
- Hager, Johannes Die Beteiligung der Gemeinden an der Erteilung von Baugenehmigungen, BayVBl 1980, 131 ff.
- Hamann, Andreas Bundes- oder Länderkompetenz für Verkehrswege, DVBl 1961, 394 ff.
- Hansmann, Klaus Zum Anlagenbegriff des § 7 Abs. 1 AtG, NVwZ 1983, 16 ff.
- Haustein, Werner Die Eisenbahnen im deutschen öffentlichen Recht, 1960
- Heitzer, Sebastian; Ernst Östreicher Bundesbaugesetz mit Ausführungsvorschriften des Bundes einschließlich Baunutzungsverordnung sowie Hinweisen auf Ländervorschriften, 7. Aufl. 1980
- Hiddemann, Hartmut Die Planfeststellung im Flurbereinigungsgesetz, 1970
- Hösel, Gottfried; Heinrich Freiherr von Leisner Recht der Abfallbeseitigung des Bundes und der Länder. Kommentar zum Abfallbeseitigungsgesetz. Nebengesetze und sonstige Vorschriften, Loseblattsammlung, Stand Juni 1983
- Hofmann, Max Luftverkehrsgesetz. Kommentar für die Praxis, 1971

- Hufen, Friedhelm Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler? Zur verfassungskonformen Auslegung der §§ 45, 46 VwVfG, NVwZ 1982, 2160 ff.
- Hufnagel Erläuterungen zum Bundesbahngesetz in der Systematischen Sammlung der Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen "Das Deutsche Bundesrecht", VI B 20, Loseblattsammlung, Stand August 1983
- Hurst Ordnungsbehördliche bzw. polizeiliche Verfügungen gegen Staat und Gemeinden, Polizeiliche Praxis 1960, 116 ff
- Kemnade, Gerhard Der Rechtsschutz des Nachbarn im Baurecht, 1965
- Kittel, Theodor Reichsbahnbauten und Landespolizei, DJZ 1926, 480 ff.
- Klein, Hans H. Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, S. 277 ff., 1976
- Klein, Hans H. Bundesbahn und Denkmalschutz, DÖV 1977, 194 ff.
- Knaup, Hans; Heinz Ingenstau Bundesbaugesetz mit Kommentar, 4. Aufl. 1969
- Koch, Hans; Paul Molodovsky Bayerische Bauordnung. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Juli 1982

- | | |
|--|---|
| Kodal, Kurt | Straßenrecht,
3. Aufl. 1978 |
| Kodal, Kurt | Erläuterungen zum Bundesfernstraßengesetz in der Systematischen Sammlung der Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen "Das Deutsche Bundesrecht", VI C 21, Loseblattsammlung, Stand August 1983 |
| Kölble, Josef | Hoheitliche Verwaltung (Bund) und Länderstaatsgewalt, DÖV 1962, 661 ff. |
| Köttgen, Arnold | Der Einfluß des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JÖR 3 n.F. (1954), 67 ff. |
| Kopp, Ferdinand O. | Der Vollzug von Landesrecht in bundesgesetzlich geregelten Verfahren, BayVBl 1973, 85 ff. |
| Kopp, Ferndinand O. | Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 1983 |
| Korbmacher, Günter | Bauleitplanung und Fachplanung in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, DÖV 1978, 589 ff. |
| Küchler, Kurt | Geltung von Landesbaurecht für Bundeseisenbahnanlagen, DÖV 1977, 187 ff. |
| Landmann, Robert von;
Gustav Rohmer | Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Dezember 1982 |
| Larenz, Karl | Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979 |
| Laubinger, Walter | Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens, VerwArch. 73 (1982), 60 ff. |

- | | |
|---|---|
| Lerche, Peter | Die Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern auf dem Gebiete des Presserechts, JZ 1972, 468 ff. |
| Lukes, Rudolf; Lothar Vollmer, Wilfried Mahlmann | Grundprobleme zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, 1974 |
| Mang, Johann; Alfons Simon | Bayerische Bauordnung. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Februar 1981 |
| Mongoldt, Hermann von; Friedrich Klein | Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 2, 1966
Band 3, 2. Aufl. 1974 |
| Manner, Reinhard | Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Planfeststellungsverfahrens, jur. Diss. München 1976 |
| Marschall, Ernst-Anton; Wolfgang Schroeter, Fritz Kastner | Bundesfernstraßengesetz. Kommentar, 4. Aufl. 1977 |
| Maunz, Theodor; Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz, PeterLerche, Hans-Jürgen Papier, Albrecht Randelzhofer, Eberhard Schmidt-Assmann | Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand April 1983 |
| Medicus | Erläuterungen zum Gesetz zur Errichtung der Stiftung "Preussischer Kulturbesitz" in der Systematischen Sammlung der Gesetze und Verordnungen mit Erläuterungen "Das Deutsche Bundesrecht" VIII A 81, Loseblattsammlung, Stand August 1983 |
| Meyer, Gerhard | Das Planfeststellungsrecht der Bundesbahn nach § 36 Bundesbahngesetz und sein Zusammentreffen mit Landesplanungsrecht, jur. Diss. Köln 1960 |
| Meyer, Hans; Hermann Borgs-Maciejewski | Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 1982 |

- Meyer-Dalheuer Probleme der Bundeswehrverwaltung,
DVBl 1957, 185 ff.
- Mintzel, Kurt Bundeswasserstraßengesetz
(WaStrG) nebst ergänzenden Vorschriften. Kommentar,
1969
- Mlitzko, Hartmut-Ulrich Die polizeilichen Aufgaben und
Befugnisse des Bundes im Eisenbahnwesen,
jur. Diss. Göttingen 1959
- Mlitzko, Ulrich Bundeseisenbahn und Landespolizei,
DÖV 1964, 730 ff.
- Mögele, Rudolf Grundrechtlicher Eigentumsschutz
für Gemeinden,
NJW 1983, 805 ff.
- Münch, Ingo von Verwaltung und Verwaltungsrecht
im demokratischen und sozialen Rechtsstaat
in: Allgemeines Verwaltungsrecht
(Hrsg.: Erichsen, Martens),
S. 1 ff.,
5. Aufl. 1981
- Musterentwurf Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVVfG 1963),
1964
- Neuffer, Otto Das neue Baurecht. Loseblattkommentar der in Baden-Württemberg geltenden bundesrechtlichen und landesrechtlichen Bestimmungen,
Stand Februar 1983
- Obermayer, Klaus Die baurechtliche Behandlung
öffentlicher Bauten,
DVBl 1958, 419 ff.
- Ortloff, Karsten-Michael Nachbarschutz durch Nachbarbeteiligung am Baugenehmigungsverfahren,
NJW 1983, 961 ff.
- Ossenbühl, Fritz Zur Bedeutung von Verfahrensmängeln im Atomrecht,
NJW 1981, 375 ff.

- Pausch, Wolfgang Anmerkung zu BVerwG, U.v.
15.1.82 - 4 C 26.78 -,
BayVB1 1982, 347 ff.
- Pestalozza, Christian Thesen zur kompetenzrechtlichen
Graf von Qualifikation von Gesetzen im
Bundesstaat,
DÖV 1972, 181 ff.
- Proksch, Roland Das Bauordnungsrecht der Bundes-
republik Deutschland - Entwick-
lung, Stand, Regelungsprobleme,
1981
- Quadflieg, Friedrich Recht der Flurbereinigung. Kom-
mentar zum Flurbereinigungsge-
setz mit weiteren Vorschriften
zur ländlichen Bodenordnung,
Loseblattsammlung, Stand Okto-
ber 1982
- Rasch, Ernst Allgemeines Polizei- und Ord-
nungsrecht
in: M.v.Brauchitsch, Verwal-
tungsgesetze des Bundes und der
Länder (Neu herausgegeben von
C.H.Ule), Band III, 1. Halb-
band,
2. Aufl. 1980
- Rasch, Ernst; Johannes Hessische Bauordnung. Kommen-
Schaetzell tar,
Loseblattsammlung, Stand August
1983
- Redeker, Konrad; Hans- Verwaltungsgerichtsordnung.
Joachim von Oertzen Kommentar,
7. Aufl. 1981
- Reigl, Otto Landesrecht und Bundeswehrver-
waltung,
DÖV 1967, 397 ff.
- Rengeling, Hans-Werner Aktuelle und verwaltungsrecht-
liche Fragen bei der Errichtung
von Kernkraftwerken,
JZ 1977, 542 ff.
- Rönne, Ludwig von Die Bau-Polizei des Preußischen
Staates,
3. Aufl. 1872

- | | |
|---|--|
| Rößler, Hans-Günter | Kommentar zur Landesbauordnung Nordrhein-Westfalen, 7. Aufl. 1971 |
| Rudolf, Walter | Polizei gegen Hoheitsträger, 1965 |
| Sauter, Helmut; Paul Holch, Adolf Kiess, Klaus Imig | Landesbauordnung für Baden-Württemberg. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Januar 1983 |
| Schack, Ulrich Graf von | Anmerkung zu BVerwG, U.v. 22. 4.66 - IV A 1.65 -, DVBl 1967, 292 ff. |
| Schack, Ulrich Graf von | Anmerkung zu OVG Münster, B.v. 24.11.67 - X B 627/67 -, DVBl 1968, 528 f. |
| Scheerbarth, Walter | Das allgemeine Bauordnungsrecht, 2. Aufl. 1966 |
| Schellhoss, Hans-Wilhelm | Anmerkung zu VGH Mannheim, U.v. 5.5.82 - 5 S 2351/81 -, ZfBR 1983, 40 f. |
| Scheurer, Hans | Unterwerfung der Bundesverwaltung unter Landesrecht, jur. Diss. Heidelberg 1965 |
| Schlarmann, Hans | Das Verhältnis der privilegierten Fachplanungen zur kommunalen Bauleitplanung, 1980 |
| Schlez, Georg | Bundesbaugesetz. Kommentar, 2. Aufl 1980 |
| Schlez, Georg | Landesbauordnung für Baden-Württemberg mit den Durchführungsbestimmungen sowie dem bundesbaugesetz und weiteren bundes- und landesrechtlichen Vorschriften. Kommentar, 2. Aufl. 1973 |
| Schlichter, Otto; Rudolf Stich, Hans-Joachim Tittel | Bundesbaugesetz. Kommentar in: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder (Hrsg.: Brauchitsch, Ule), Band V, 1. Halbband, 3. Aufl. 1979 |

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Schönfelder, Hermann | Polizeiliche Eingriffe gegen Hoheitsträger,
jur. Diss. Frankfurt am Main 1969 |
| Scholler, Heinrich;
Siegfried Broß | Grundzüge des Polizei- und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland,
3. Aufl. 1978 |
| Scholz, Rupert | Zur Polizeipflicht von Hoheitsträgern,
DVB1 1968, 732 ff. |
| Scholz, Rupert | Anmerkung zu BVerwG, U.v. 16. 1.68 - I A 1.67 -,
DVB1 1969, 116 ff. |
| Scholz, Rupert | Ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebungskompetenz von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts
in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festschrift zum 25jährigen Bestehen des Bundesverfassungsgerichts, Band II, S. 252 ff., 1976 |
| Schriftenreihe | Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Band 18. Einführung in die Musterbauordnung, Teil B. Aufgestellt vom Begründungsausschuß der Musterbauordnungskommission 1960 |
| Schrödter, Hans | Anmerkung zu BVerwG, U.v. 19. 11.66 - IV C 133.65 -,
DVB1 1966, 182 ff. |
| Schrödter, Hans | Bundesbaugesetz. Kommentar, 4. Aufl. 1980 |
| Schütz, Walter; Günther Froberg | Kommentar zum Bundesbaugesetz, 3. Aufl. 1970 |
| Schultz, Michael | Zuständigkeiten und Mitwirkungsformen im baurechtlichen Genehmigungsverfahren,
jur. Diss. Berlin 1978 |

- | | |
|---|---|
| Schwabe, Jürgen | Art. 14 GG und die hoheitliche Zuerkennung privatrechtlicher Mitwirkungsbefugnisse. Zugleich eine Besprechung von BGH V ZR 150/67, DVBl 1973, 103 ff. |
| Seehusen, August-Wilhelm; Thomas Schwede | Flurbereinigungsgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 1981 |
| Seiffert, Wolfgang | Die Lösung des Berliner S-Bahn-Problems, Deutschland-Archiv 1983, 386 ff |
| Sieder, Frank; Herbert Zeitler, Heinz Dahme | Wasserhaushaltsgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand Juli 1981 |
| Simon, Alfons | Bayerische Bauordnung. Kommentar, Loseblattsammlung, Stand April 1983 |
| Stadler, Otto | Das Baurecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand Dezember 1982 |
| Steinberg, Rudolf | Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DÖV 1982, 619 ff |
| Stern, Klaus | Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundfragen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 1977 |
| Stelkens, Paul; Heinz-Joachim Bonk, Klaus Leonhardt | Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 1983 |
| Sternberg, D. | Materiellrechtliche Probleme in der Rechtsprechung. In der Zusammenstellung der Referate und Diskussionsberichte beim Fünften deutschen Atomrechtssymposium, 1977 |

- Steuer, Robert Flurbereinigungsgesetz. Kommentar,
2. Aufl. 1967
- Thiel, Fritz; Hans
Günter Rösler, Wilhelm
Schumacher, Rolf Dittus, Arnold Klose Baurecht in Nordrhein-Westfalen. Kommentar,
Loseblattsammlung, Stand April 1983
- Ule, Carl Hermann Bundesimmissionsschutzgesetz. Kommentar,
Loseblattsammlung, Stand März 1983
- Unruh, Georg Christoph Gemeinderecht
von in: Besonderes Verwaltungsrecht (Hrsg.: von Münch), S. 99 ff,
6. Aufl. 1982
- Wagner, Wolfgang Die Polizeipflicht von Hoheitsträgern (Schriften zum öffentlichen Recht Band 163),
1971
- Weber, Werner Rechtsgutachten vom 11. März 1957
ArchPF. 1958, 65 ff.
- Weinisch, Karl; Otto
Neuffer, Fritz-Heinz
Müller Kommentar zum Bundesbaugesetz
in: Neuffer, Das Neue Baurecht, Loseblattsammlung, Stand Februar 1983
- Weyreuther, Felix Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung - Folgenentschädigung)?
Gutachten zum 47. DJT, S. B 1 - 187 , 1968
- Weyreuther, Felix Bauen im Außenbereich: ein nach Stichwörtern gegliederter Kommentar zu den mit § 35 BBauG zusammenhängenden Fragen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
1979
- Wilke, Dieter Die Auftragsverwaltung im Straßenrecht
in: Ein Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung (Hrsg.:

- Bartlsperger, Blümel, Schroeter), S. 541 ff.,
1980
- Wilke, Dieter Der Anspruch auf behördliches
Einschreiten im Polizei-,
Ordnungs- und Baurecht
in: Recht und Staat im sozialen
Wandel, Festschrift für Hans
Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag
(Hrsg.: Achterberg, Krawietz, Wy-
duckel), 1983, S. 851 ff.
- Winters, Karl-Peter Atom- und Strahlenschutzrecht,
1978
- Wipfelder, Hans-Jürgen Die Theoreme "Natur der Sache"
und "Sachzusammenhang" als ver-
fassungsrechtliche Zuordnungs-
begriffe,
DVBl 1982, 477 ff.
- Wolff, Hans-J.; Otto
Bachof Verwaltungsrecht, Band I,
9. Aufl. 1974
Band III (ohne Bachof) 1973
- Wormit, Hans-Georg Stiftung Preußischer Kultur-
besitz,
DVBl 1981, 752 ff.
- Würtenberger, Thomas Der Rechtsschutz der Gemeinden
gegen Energiefreileitungen,
BayVB1 1982, 673 ff.
- Wussow, Hansjoachim Rechtslexikon für das Bauwesen,
2. Aufl. 1975
- Zielfleisch, Walter Landeshoheit und bundeseigene
Verwaltung,
jur. Diss. München 1972

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
aaO	am angegebenen Ort
AbfG	Gesetz über die Beseitigung von Abfällen (Abfallbeseitigungsgesetz - AbfG -) in der Fassung der Bekanntmachung vom 5.1.77, BGBl I S. 41, berichtigt S. 288, zuletzt geändert durch Gesetz vom 4.3.82, BGBl I S. 281
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz vom 29.3.51, BGBl I S. 255, berichtigt S. 438, zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.7.79, BGBl I S. 989
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung(en)
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (l. 1886 ff)
ArchPF	Archiv für das Post- und Fernmeldewesen (l.1949 ff)
Art.	Artikel
AtG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.10.76, BGBl I S. 3053, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20.8.80, BGBl I S. 1556
AZG	Gesetz über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung vom 2.10.58, GVBl S. 947, zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.12.76, GVBl S. 2735

BauOBln	Bauordnung für Berlin in der Fassung vom 1.7.79, GVBl S. 898, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.12. 82, GVBl S. 2066
BauONW	Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27.1.70, GV S. 96, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.5.82, GV S. 248
BauR	Baurecht (1.1970 ff)
BayBO	Bayerische Bauordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 2.7. 82, GVBl S. 419
BayVB1	Bayerische Verwaltungsblätter (n.F. 1.1955 ff)
BBauG	Bundesbaugesetz (BBauG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 18.8.76, BGBl I S. 2257, berichtigt S. 3617, zuletzt geändert durch Gesetz vom 6.7.79, BGBl S. 949
BbG	Bundesbahngesetz vom 13.12.51, BGBl I S. 955, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.12.81, BGBl I S. 1689
BGB1	Bundesgesetzblatt (3 Teile)
BGSG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz (Bundesgrenzschutzgesetz - BGSG) vom 18.8.72, BGBl I S. 1834, zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.7.76, BGBl I S. 1801
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG) vom 15.3.74, BGBl I S.721, berichtigt S. 1193, zuletzt geändert durch Gesetz vom 4.3.82, BGBl I S. 281
BK/O	Berlin Kommandatura Order (verbindliche Anordnung der Alliierten)
BOKraft	Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr vom 21.6.75, BGBl I s. 573

BOStrab	Verordnung über den Bau und Betrieb der Straßenbahnen (Straßenbahn-Bau- u. Betriebsordnung) vom 31.8.65, BGBl I S. 1513
BremLBO	Bremische Landesbauordnung in der Fassung vom 1.4.79, BGBl S. 159
BRS	Baurechtssammlung, begründet von Thiel, fortgeführt von Gelzer (1.1945/50 ff)
BTDrS	Drucksachen des Deutschen Bundestages (1949 ff)
Buchst.	Buchstabe
B.v.	Beschluß vom (es folgen Datum und Aktenzeichen)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DampfKV	Dampfkesselverordnung vom 27.2.80, BGBl I S. 173
DBI	Dienstblatt des Senats von Berlin (1951 ff, bestehend aus mehreren Teilen)
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (1. 1948 ff)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (1950 ff)
FernmG	Gesetz über Fernmeldeanlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.3.77, BGBl I S. 459, berichtigt S. 573

FlurbG	Flurbereinigungsgesetz (FlurbG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.3.76, BGBl I S. 546, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17.12.82, BGBl I S. 1777
Fn.	Fußnote
FStrG	Bundesfernstraßengesetz (FStrG) in der Fassung vom 1.10.74, BGBl I S. 2413, berichtigt S. 2908, zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.6.80, BGBl I S. 649
GewArch.	Gewerbearchiv (1.1955 ff)
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.1.78, BGBl I S. 97, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.81, BGBl I S. 1390
Glnr.	Gliederungsnummer
GVBl, GVOBl, GBI	Gesetz- und Verordnungsblatt
HambVerf.	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6.6.52, GVBl S. 117, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.5.82, GVBl S. 117
HBauO	Hamburgische Bauordnung (HBauO) vom 10.12.69, GVBl S. 249, berich- tigt GVBl 70, 52, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2.7.81, GVBl S. 165
HBO	Hessische Bauordnung (HBO) in der Fassung vom 10.7.79, GVBl I S. 179
Hrsg.	Herausgeber
IdF	In der Fassung
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (n.F. 1.1951 ff)
jur. Diss.	juristische Dissertation
iVm	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung (6. 1951 ff)

Komm.	Kommentar
LBOBW	Landesbauordnung für Baden-Württemberg in der Fassung vom 20.6.72, GBl S. 352, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.2.80, GBl S. 116
LBORP	Landesbauordnung für Rheinland-Pfalz vom 27.2.74, GVBl S. 53, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2.7.80, GVBl S. 145
LBOS	Bauordnung für das Saarland in der Fassung vom 27.12.74, AB1.1975 S. 85, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.3.80, AB1. S. 514
LBOSH	Landesbauordnung für das Land Schleswig-Holstein vom 9.2.67, GVBl S. 51, zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.3.82, GVBl S. 66
li. Sp.	linke Spalte
lit.	littera (Buchstabe)
LTDrs.	Landtags-Drucksache
LuftVG	Luftverkehrsgesetz (LuftVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.1.81, BGB1 I S. 61
MBO	Musterbauordnung, aufgestellt von der Musterbauordnungskommission; Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Band 16/17, 1960
Myliussche Sammlung	Chr.Otto Mylii Corpus Constitutionem Marchicorum oder Königl.Preuß. i.d.Kur- und Mark Brandenburg, auch in korporirten Landen publicirte und ergangene Ordnungen, Edicta, Mandata, Rescripta von Zeiten Friedrichs, Kurfürsten zu Brandenburg, ad annum 1736. VI Teile
NBauO	Niedersächsische Bauordnung (NBauO) vom 23.7.73, GVBl S. 259, zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.7.80, GVBl S. 283)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift (1.1947/48 ff)
NuR	Natur und Recht (1.1979 ff)
NvWZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungs- recht (1.1982 ff)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungssammlung eines Ober- verwaltungsgerichts
OVGML	Entscheidungen der Oberverwaltungs- gerichte für das Land Nordrhein- Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig- Holstein in Lüneburg (1.1950 ff)
PBefG	Personenbeförderungsgesetz (PBefG) vom 21.3.61, BGBl I S. 241, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.2.83, BGBl I S. 196
PrGS	Preußische Gesetzssammlung (1907 - 1945)
Rdnr.	Randnummer
re. Sp.	rechte Spalte
RGBl	Reichsgesetzblatt (2 Teile)
SprengG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe (Sprengstoffgesetz - SprengG) vom 13.9.76, BGBl I S. 2737
TelwegG	Telegraphenwege-Gesetz vom 18.12. 1899, RGBl I S. 705, geändert durch Gesetz vom 1.6.80, BGBl I S. 649
u.a.	und andere, unter anderem
U.v.	Urteil vom (es folgen Datum und Aktenzeichen)

VersuchsanlG	Gesetz über den Bau und Betrieb von Versuchsanlagen zur Erprobung von Techniken für den spurgeführten Verkehr vom 29.1.76, BGBl I S. 241
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (1.1949 - 32.1981)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VOÖB	Verordnung über die baupolizeiliche Behandlung von öffentlichen Bauten vom 20.11.38, RGBl I S. 1677
VvB	Verfassung von Berlin vom 1.9.50, VOBl I S. 433, zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.2.81, GVBl S. 346
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) vom 25.5.76, BGBl I S. 1253, geändert durch Gesetz vom 2.7.76, BGBl I S. 1749
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz (WaStrG) vom 2.4.68, BGBl II S. 173, zuletzt geändert durch Gesetz vom 1.6.80, BGBl I S. 649
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 16.10.76, BGBl I S. 3017, zuletzt geändert durch Gesetz vom 28.3.80, BGBl I S. 373
WRV	Verfassung des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung) vom 11.8.19, RGBl I S. 1383
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (1.1978 ff)
zuletzt geänd. d.Ges./VO	zuletzt geändert durch Gesetz/ Verordnung

Einleitung

Mit dieser Arbeit soll gezeigt werden, welche Vorschriften des materiellen und des Verfahrensrechts der Landesbauordnungen und des Bundesbaugesetzes für die sogenannten "öffentlichen Bauten" verbindlich sind. Sonderrechtlich behandelt werden die öffentlichen Bauten auch in anderen Bundes- und Landesgesetzen, wie z.B. im Denkmalschutzrecht, Bergrecht, Raumordnungsrecht, Gewerbe- und Naturschutzrecht; Gegenstand dieser Untersuchung sind nur die eingangs genannten Rechtsvorschriften.

Für die Qualifizierung als "öffentliche Bauten" ist nicht die Nutzung der Bauwerke durch die Öffentlichkeit ausschlaggebend, sondern gemeint sind bauliche Anlagen des Bundes und der Länder, also z.B. Verwaltungsgebäude, Parlamentsgebäude, Bundes-eisenbahnanlagen, Verteidigungsbauten, Postamtsgebäude, Bundesfernstraßen und Bundesgrenzschutzbauten.

Es wird dargestellt werden, welches Verfahren anstelle des Baugenehmigungsverfahrens für diese Bauwerke durchzuführen ist; dabei können sich die Verfahrensvorschriften aus den Landesbauordnungen, aber auch aus anderen Gesetzen ergeben. Ist das Verfahrensrecht eines anderen Gesetzes zu beachten, ist die Frage zu beantworten, ob dieses Verfahren das von den Landesbauordnungen vorgeschriebene verdrängt und damit den Kreis der Vorhaben, die unter das Verfahrensrecht der Landesbauordnungen fallen, einschränkt.

Ist der Bund als Träger eines Vorhabens den lan-

desrechtlichen Verfahrensvorschriften unterworfen, wird zu erörtern sein, inwieweit das mit dem Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern vereinbar ist, falls sich erweisen sollte, daß Bauen als schlicht-hoheitliche Verwaltungstätigkeit in Betracht kommen kann.

Im Bereich des Städtebaurechts ist zu untersuchen, ob Bauten des Bundes und der Länder, die einer Fachplanung unterliegen, von den Vorschriften des Bundesbaugesetzes befreit sind.

Schließlich soll darauf eingegangen werden, welche Rechtsschutzmöglichkeiten betroffene Dritte haben, wenn ein öffentlicher Bau entsteht, und welcher Rechtsschutz dem Träger des öffentlichen Bauvorhabens zur Verfügung steht.

A. Verfahrensrecht der Landesbauordnungen

Baumaßnahmen bedürfen grundsätzlich der Baugenehmigung ¹⁾. Das gilt auch für Vorhaben von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Die allgemein als "öffentliche Bauten" bezeichneten baulichen Anlagen des Bundes und der Länder ²⁾ haben in den Landesbauordnungen ³⁾ und in § 37 BBauG eine verfahrensrechtlich besondere Behandlung erfahren; das Baugenehmigungsverfahren ist regelmäßig durch das sogenannte "Zustimmungsverfahren" ersetzt. In Rheinland-Pfalz unterliegen die öffentlichen Bauten einem modifizierten Genehmigungsverfahren, § 115 LBO RP. Bauüberwachung und Abnahme entfallen bei den öffentlichen Bauten in allen Bundesländern.

Bauliche Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, sind lediglich der zuständigen Behörde in geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen.

I. Historische Entwicklung des Verfahrensrechts in Preußen

Die verfahrensrechtlich besondere Behandlung bestimmter baulicher Anlagen wird - jedenfalls soweit es das ehemalige Gebiet Preußens betrifft - schon so lange praktiziert, wie eine Genehmigungspflicht für bauliche Anlagen besteht. Die Geneh-

1) Vgl. z.B. § 80 Abs. 1 BauOBln.

2) Vgl. Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 159, S. 410.

3) § 99 BauOBln, § 106 BremLBO, § 111 HBauO, § 107 HBO, § 97 BauONW, § 108 LBO S, § 104 LBO SH. Art. 86 BayBO, § 107 LBO BW und § 115 LBO RP sprechen von "Vorhaben", § 82 NBauO von "Maßnahmen" des Bundes und der Länder.

mungspflicht wurde in Preußen durch eine auf eine Kabinettsordre vom 11. November 1706 gestützte Verordnung vom 20. November 1706 ¹⁾ eingeführt ²⁾ und fand 1794 Eingang in das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten, I 8 § 67. Zwar heißt es in dieser Vorschrift nur, daß, wer "einen Bau in Städten anlegen will, muß davon zuvor der Obrigkeit zur Beurteilung Anzeige machen"; diese Regelung wurde jedoch dahingehend verstanden, daß die Erteilung der Baugenehmigung zu beantragen war ³⁾.

Die Regelung muß zu Zweifeln darüber geführt haben, ob auch die baulichen Anlagen der königlichen Verwaltung der Genehmigungspflicht unterlagen. Als im Jahre 1830 die Königliche Regierung zu Magdeburg im Verordnungswege ausdrücklich auf die Strafbarkeit des ungenehmigten Bauens hinwies ⁴⁾, wurde ihr vom Magistrat zu Kalbe die Frage gestellt, ob auch für die Neubauten des Domänenamtes die polizeiliche Erlaubnis nötig sei ⁵⁾. Durch Circular-Rescript vom 27. Februar 1833 ⁶⁾ antwortete die Königliche Regierung, daß es ausreiche, wenn die Baupläne zur Einsicht vorgelegt würden, da sie von Bauinspektoren, denen die baupolizeilichen Vorschriften bekannt seien, entworfen worden seien. Ohne poli-

1) Myliusssche Sammlung, Tom. V, Abth. 4, S. 381, Nr. 13.

2) Vgl. dazu v. Rönne, Baupolizei, S. 632.

3) Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht, 6. Aufl. Nachdruck 1954, S. 73

4) Amtsblatt der Königl. Regierung zu Magdeburg 1830, S. 178 ff.

5) V. Rönne, Baupolizei, S. 639

6) A XVII 1071 - 4.124, zit. bei v. Rönne, Baupolizei, S. 639

zeitliches Vorwissen dürfe mit dem Bau jedoch nicht begonnen werden.

Diese Rechtslage hat ihren Niederschlag in § 9 der Bau-Polizei-Ordnung für die Stadt Berlin vom 21. April 1853 ¹⁾ gefunden; die Vorschrift ordnete erstmalig ²⁾ an, daß es bei den von den königlichen Behörden auszuführenden Bauten bei dem bisherigen Verfahren bleibe.

Am 21. Oktober 1872 erging eine Circularverfügung des Handelsministers ³⁾ als der höchsten Aufsichtsbehörde für die Baupolizei ⁴⁾, die anordnete, daß für alle Bauten, die für die Rechnung des Staates unter der Leitung von Staatsbaubeamten ausgeführt würden, der in allen anderen Fällen erforderliche förmliche Konsens der Ortspolizeibehörde nicht erforderlich sei, weil diese Beamten die vorschriftsmäßige Bauausführung garantierten. Diese Verfügung hat das Preußische Oberverwaltungsgericht dahingehend interpretiert, daß mit ihr die "Kognition" der Ortspolizeibehörde in materieller Beziehung nicht beschränkt werden könne, sondern nur die besondere Form des Baukonsenses vermieden werden solle. Die Behörde sollte, wenn sie gegen das Bauvorhaben keine Einwände hätte, einfach ihre Zustimmung aussprechen und bei Bedenken diese dem Bauherrn mitteilen, um eine Änderung

1) Ministerialblatt für die gesammte innere Verwaltung in den Königlich Preußischen Staaten, 1853, S. 119.

2) Die Vorgängerin dieser Bauordnung, die Bauordnung der Stadt Berlin vom 30.11.1641, enthielte eine solche Regelung noch nicht und konnte sie auch nicht enthalten, da die Genehmigungspflicht noch nicht bestand.

3) Ministerialblatt ... , S. 258

4) Allerhöchster Erlaß vom 14.1.1850 iVm § 2 der Verordnung über die obere Verwaltung des Bauwesens vom 22.12.1849, Ministerialblatt ... 1850, S. 16

des Vorhabens herbeizuführen ¹⁾. Diese Entscheidung führte dazu, daß die Frage, inwieweit eine Beschränkung der von Staatsbaubeamten ausgeführten Bauvorhaben auf Rechnung des Staates zulässig sei, nach dem jeweiligen örtlichen Baupolizeirecht beurteilt wurde. Also nur dann, wenn die Baupolizeiordnungen bestimmten, daß es bei diesen Bauten der Einholung der polizeilichen Erlaubnis nicht bedurfte, konnte darauf verzichtet werden, anderenfalls waren auch die Verfahrensvorschriften für Bauten auf Rechnung des Staates beachtlich ²⁾.

Die Baupolizeiordnung für den Stadtkreis Berlin vom 15. August 1897 ³⁾ enthielt in § 42 Abs. 1 die Regelung, daß Ausnahmen von den Bestimmungen dieser Baupolizeiordnung für alle öffentlichen Bauten zugelassen werden konnten. Denkbar ist, daß diese Vorschrift als Reaktion auf zwei Ministerialerlasse ⁴⁾ in die Baupolizeiordnung aufgenommen worden ist, denn die davor im Stadtkreis Berlin geltenden Bau-Polizei-Ordnung vom 15. Januar 1887 ⁵⁾ enthielt eine solche Regelung nicht. Die Ministerial-Erlasse ordneten an, daß bei Bauvorhaben der preußischen Staatsverwaltung, bei reichsfiskalischen Bauten, bei Bauten der Reichspostverwaltung, der Garnisonverwaltung und des Ministeriums des Königlichen Hauses keine bautechnische, sondern nur noch die baupolizeiliche Prüfung vor-

1) U.v. 5.9.1878, Rep. II B 39/78, OVG 5, 324 (333).

2) Ministerial-Erlaß vom 25.5.1898, Ministerialblatt für die gesammte innere Verwaltung in den Königlich Preußischen Staaten, S. 124.

3) Amtsblatt, S. 335, berichtet S. 369.

4) Vom 10.4.1891 - III 6391 - und vom 8.3.1894 - III 4496 -, auszugsweise abgedruckt bei Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, S. 128.

5) Amtsblatt, S. 32, berichtet S. 115.

zunehmen sei, Rohbau- sowie Gebrauchsabnahme nur eingeschränkt durchzuführen und im wesentlichen auf bau- und feuerpolizeiliche Gesichtspunkte zu erstrecken seien und wiederkehrende Revisionen der Bauten entfallen sollten.

Die mit der Musterbauordnung ¹⁾ vergleichbare Einheitsbauordnung für Preußen, die im Jahre 1919 vom Staatskommissar für das Wohnungswesen aufgestellt worden ist ²⁾, schrieb in § 1 Buchst. D vor, daß bei Bauten, welche für Rechnung des Reiches, des Staates, der Gemeinden oder der weiteren Kommunalverbände unter Leitung von Baubeamten ausgeführt würden, die Bauentwürfe und alle anderen erforderlichen Unterlagen vor Baubeginn der zuständigen Polizeibehörde zur baupolizeilichen Prüfung und Genehmigung vorgelegt werden müßten; eines rechnungsmäßigen Nachweises der Tragfähigkeit der Konstruktionen bedürfe es nicht. Diesem Entwurf folgte die Berliner Bauordnung vom 9. November 1929 ³⁾ in § 1 Nr. 5.

Nachdem durch Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes über den Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934 ⁴⁾ das Reich nicht mehr an den Gesetzgebungskatalog der Weimarer Reichsverfassung gebunden war ⁵⁾, erging die Verordnung über die baupolizeiliche

-
- 1) Aufgestellt von der Musterbauordnungskommission. Die MBO wird ständig überarbeitet und dient den Länderparlamenten als Anregung zur Gesetzgebung. Veröffentlicht in der Schriftenreihe des Bundesministers für Wohnungsbau, Band 16/17, 1960.
 - 2) Veröffentlicht bei Baltz-Fischer, Preuß. Baupolizeirecht, S. 273 ff.
 - 3) Amtsblatt für die Stadt Berlin, S. 1128.
 - 4) RGBl I S. 75
 - 5) Umfang der Reichskompetenz für das Bodenrecht nach der WRV: Art. 10 Nr. 4.

Behandlung von öffentlichen Bauten vom 20. November 1938 ¹⁾; die Ermächtigung dazu war in § 6 des Gesetzes über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens vom 3. Juli 1934 ²⁾ enthalten. Die Verordnung (VOÖB) bestimmte in § 1 Abs. 1 Satz 1 daß u.a.

Bauten des Reiches und der Länder keiner baupolizeilichen Genehmigung, Überwachung und Abnahme bedürften, wenn sie unter Leitung von Beamten des höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes vorbereitet und ausgeführt würden.

§ 2 Abs. 1 und 2 VOÖB ordnete an, daß die Bauten der Baupolizeibehörde anzuzeigen seien und daß mit der Ausführung des Baues erst nach Zustimmung der Behörde begonnen werden dürfe. § 3 VOÖB schrieb vor, daß von Bauten, die unmittelbar der Landesverteidigung dienten, der höheren Baupolizeibehörde vor Beginn der Ausführung in geeigneter Weise Kenntnis zu geben sei, im übrigen finde eine behördliche Mitwirkung nicht statt. Gegenüber dem davor bestehenden Rechtszustand sah die VOÖB ein besonderes Verfahren für öffentliche Bauten vor und schränkte den Kreis der privilegierten Vorhaben auf die des Reiches und der Länder ein; für Vorhaben der Gemeinden und der Kommunalverbände war das für jedermann geltende Baupolizeirecht verbindlich. Neu war auch die besondere Regelung für Verteidigungsanlagen.

Umstritten ist, ob und inwieweit die VOÖB heute noch gilt. Das hängt davon ab, ob sie nach Inkrafttreten des Grundgesetzes gemäß Art. 123 ff GG Bundes- oder Landesrecht geworden ist. Sollte sie als Landesrecht weitergegolten haben, ist sie nicht mehr in Kraft, da die Länder sie über-

1) RGBI I S. 1677

2) RGBI I S. 568

einstimmend aufgehoben haben ¹⁾. Die Aufnahme der VOÖB in das Bundesgesetzblatt Teil III ²⁾ spricht dafür, daß sie vom Bund für Bundesrecht gehalten wurde. Das ist aber nicht zwingend, weil § 3 Abs. 4 des Gesetzes über die Sammlung des Bundesrechts vom 10. Juli 1958 ³⁾ bestimmt, daß durch die Aufnahme in die Sammlung landesrechtliche Vorschriften nicht zu Bundesrecht werden. In der Länderkommission zur Rechtsbereinigung wurde übereinstimmend die Auffassung vertreten, die VOÖB sei Landesrecht ⁴⁾. Diese Ansicht hat das Bundesverwaltungsgericht - zumindest für eine Vorschrift aus der VOÖB - geteilt ⁵⁾, es aber nicht ausgeschlossen, daß die VOÖB teilweise Bundesrecht enthalten könnte ⁶⁾, eine Auffassung, die auch im Schrifttum, insbesondere zu § 3 VoÖB vertreten wird ⁷⁾, weil die in der Vorschrift enthaltene Regelung für Verteidigungsanlagen zu einem Gegenstand der Bundesgesetzgebung im Sinne der Art. 124, 73 Nr. 1 GG gehören könnte. Als Bundesrecht würde

1) § 118 Abs. 1 Nr. 10 LBO BW, Art. 94 Abs. 1 Nr. 14 BayBO, § 114 Abs. 1 Nr. 5 BauOBln, § 116 Abs. 1 Nr. 3 BremLBO, § 117 Abs. 1 Nr. 6 HBauO, § 87 Nr. 11 HBO idF vom 6.7.57, GVBl S. 101, § 101 Abs. 1 Nr. 8 NBauO idF von 1973, GVBl S. 259, § 108 Abs. 1 Nr. 7 BauONRW, § 129 Abs. 1 Nr. 3 LBO RP, § 135 Nr. 7 Saarl.BauG vom 19.7.55, Amtsbl. S. 1159, § 117 Abs. 1 Nr. 7 LBO SH vom 9.2.67, GVBl S. 51.

2) Gliederungsnummer 213-7

3) BGBI I S. 437

4) Vgl. die Anmerkung zum Abdruck der VOÖB in der Sammlung des bereinigten Bundesrechts, BGBI III - 213-7.

5) U.v. 22.4.66 - IV A 1.65 - DVBl 67, 292.

6) BVerwG, aaO, S. 293 re. Sp.

7) Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm. BBauG, § 37, Rdnr. 1, S. 605; Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm. BBauG, § 37, Anm. 1 a; Weinisch/Müller/Neuffer, Komm. BBauG, Erl. § 37, S. 48/4.

die VOÖB heute noch wirksam sein, weil sie nicht gemäß § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Sammlung des Bundesrechts vom 10. Juli 1958 ¹⁾ in Verbindung mit den §§ 2 und 3 des Gesetzes über den Abschluß der Sammlung des Bundesrechts vom 28. Dezember 1968 ²⁾ außer Kraft getreten ist. Die Geltung der VOÖB hängt folglich vom Umfang der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes bzw. der Länder für das Bauordnungsrecht ab, der zu untersuchen ist.

II. Das Zustimmungsverfahren der Landesbauordnungen

Das Zustimmungsverfahren ist gegenüber dem Baugenehmigungsverfahren ein vereinfachtes Verfahren, da die bautechnische Ausführung des Vorhabens von der Behörde nicht überprüft wird ³⁾. Der Grund für die Privilegierung des öffentlichen Bauherrn wird in seiner besonderen Sachkunde gesehen ⁴⁾, das zeigt auch die historische Entwicklung dieses Verfahrens.

1. Voraussetzungen

Bis auf die Regelungen in Rheinland-Pfalz schreiben die landesrechtlichen Sondervorschriften für öffentliche Bauten vor, daß bauliche Anlagen des Bundes und der Länder keiner Baugenehmigung, Überwachung und Abnahme bedürfen, wenn die Ent-

1) BGBl I S. 437

2) BGBl I S. 1451

3) Vgl. z.B. Art. 86 Abs. 2 Satz 3 BayBO; für Berlin ergibt sich sachlich dasselbe, obwohl es nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, daraus, daß entsprechende Nachweise nicht erbracht zu werden brauchen. Näheres unter A II 2 b - ee.

4) Groschupf in: Blumenbach/Groschupf, Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 4, S. 490; Proksch, Bauordnungsrecht, S. 196.

wurfsarbeiten und die Bauüberwachung von einem Beamten des höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes geleitet werden. An die Stelle des Genehmigungsverfahrens tritt das sogenannte Zustimmungsverfahren ¹⁾.

a) Bauliche Anlage

Die Anwendbarkeit des Sonderrechts setzt also zunächst voraus, daß es sich um eine bauliche Anlage des Bundes oder eines Landes handelt. Bauliche Anlagen werden von den Landesbauordnungen im wesentlichen übereinstimmend gesetzlich definiert als "mit dem Erdboden verbundene, aus Baustoffen und Bauteilen hergestellte Anlagen" ²⁾. Daneben enthalten die Bauordnungen eine Reihe gesetzlicher Fiktionen baulicher Anlagen, wie die Wortwahl "gelten als bauliche Anlagen" ³⁾ zeigt, z.B. Aufschüttungen, Abgrabungen, Lagerplätze, künstliche Hohlräume unter der Erdoberfläche ⁴⁾.

Dem Bauordnungsrecht unterliegen jedoch nicht alle baulichen Anlagen, denn auf bestimmte Arten von Bauwerken erklären die Landesbauordnungen sich für nicht anwendbar. Das sind in allen Ländern im wesentlichen die gleichen: Öffentliche Verkehrsanlagen mit Nebenanlagen ⁵⁾ mit Ausnahme von Gebäuden ⁶⁾. Häufig ist das Bauordnungsrecht nicht nur auf Verkehrsgebäude, sondern zusätzlich auf Überbrückungen und Stützmauern anwendbar ⁷⁾.

1) Z.B. § 99 Abs. 1 Satz 2 BauOBln.

2) Z.B. § 2 Abs. 2 Satz 1 BauOBln.

3) Z.B. § 2 Abs. 2 Satz 3 BauOBln.

4) Z.B. § 2 Abs. 2 Satz 3 BauOBln.

5) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO. In Berlin: nur die öffentlichen Straßen.

6) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

7) Siehe S. 12.

Ebenso übereinstimmend nehmen die Bauordnungen genau bezeichnete Anlagen des Bergbaues aus ihrem Geltungsbereich heraus ¹⁾. Einige Bauordnungen erklären sich auf bestimmte Leitungen nicht für anwendbar ²⁾. In Bayern gilt das Bauordnungsrecht nicht für Gerüste, Kräne, Krananlagen, Art. 1 Abs. 2 Nr. 4 und 5 BayBO. Die Hamburgischer Bauordnung erklärt sich in § 1 Abs. 3 Nr. 4 auf unterirdische behälterlose Lagerstätten für Gas, die Hessische Bauordnung in § 1 Abs. 2 Nr. 3 auf Wasserversorgungs- und Abwassersanlagen, die dem allgemeinen Gebrauch dienen, für nicht anwendbar. Für alle diese Anlagen gilt das materielle Bauordnungsrecht und das Verfahrensrecht nicht, also kommt für eine solche Anlage auch nicht das Zustimmungsvorgehen in Betracht, wenn es sich um ein öffentliches Bauvorhaben handelt.

Obwohl die Sondervorschriften für öffentliche Bauten eine "bauliche Anlage" als Voraussetzung nennen, könnte der Begriff mit dem des "Vorhabens" identisch sein, so wie ihn die jeweilige Bauordnung in ihren Genehmigungsvorschriften verwendet. Die Verweisung auf die grundsätzliche Anwendbarkeit der Genehmigungsvorschriften in den Zustimmungsregelungen ³⁾ deutet darauf hin, daß es auch in den Bundesländern, deren Bauordnungen die Bezeichnung "bauliche Anlage" verwenden, für die Zustimmungsbedürftigkeit auf das "Vorhaben", also in der Regel Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und Abbruch einer baulichen Anlage ankommt.

7) § 1 Abs. 3 Nr. 1 BremLBO; § 1 Abs. 3 Nr. 1 HBauO; § 3 Abs. 2 Nr. 2 NBauO; § 1 Abs. 2 Nr. 1 BauONRW; § 1 Abs. 2 Nr. 1 LBO RP; § 1 Abs. 2 Nr. 1 LBO S; § 1 Abs. 2 Nr. 1 LBO SH. Nur Überbrückungen: § 1 Abs. 2 Nr. 1 LBO BW. Tunnel: § 1 Abs. 2 Nr. 1 LBO BW, § 3 Abs. 2 Nr. 2 NBauO. Durchlässe: § 3 Abs. 2 Nr. 2 NBauO.

1) Vgl. z.B. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BauOBl.

2) Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 BayBO; § 1 Abs. 3 Nr. 3 HBauO; § 1 Abs. 2 Nr. 4 HBO; § 1 Abs. 2 Nr. 3 - 5 LBO RP.

3) Z.B. § 99 Abs. 1 Satz 2 iVm § 80 Abs. 1 BauOBl.

Die Bauordnungen von Baden-Württemberg (§ 107 Abs. 1 Satz 1 LBO BW) und Bayern (Art. 86 Abs. 1 Satz 1 und andere Passagen) verwenden in den Regelungen für öffentliche Bauten ausdrücklich die Bezeichnung "Vorhaben"; die Bauordnung von Niedersachsen spricht von "Baumaßnahmen" (§ 82 Abs. 1 Satz 1 NBauO) des Bundes und der Länder. Vorhaben bedeutet in Baden-Württemberg Errichtung und Abbruch (§ 87 LBO BW), in Bayern Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung, Abbruch und Beseitigung (Art. 65 Satz 1 BayBO); daß die Bauordnung von Niedersachsen, soweit die öffentlichen Bauten gemeint sind, den Begriff der baulichen Anlage und den der Baymaßnahme synonym verwendet, zeigt ein Vergleich der Überschrift mit dem Text des § 82 NBauO. "Baumaßnahmen" bedeuten in der Niedersächsischen Bauordnung wegen § 69 Abs. 1, 2, 3 und 5 NBauO Errichtung, Herstellung, Befestigung und Änderung von baulichen Anlagen oder Teilen solcher Anlagen, Abbruch, Beseitigung und Nutzungsänderung baulicher Anlagen. Da das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung keine Bedenken dagegen gehabt hat, die Änderung eines öffentlichen Baues für zustimmungspflichtig zu halten ¹⁾, darf man den Schluß ziehen, daß der Begriff "bauliche Anlage", den die Zustimmungsvorschriften verwenden, dem des "Vorhabens" so wie ihn die jeweilige Bauordnung definiert, deckungsgleich ist ²⁾.

b) Genehmigungsbedürftigkeit

Die Anwendbarkeit des Zustimmungsverfahrens setzt

1) U.v. 30.7.76 - IV A 1/75 - NJW 77, 163 re.Sp.

2) So auch Mang/Simon, Komm.BayBO, Art. 103 a.F., Rdnr. 5. Art. 103 a.F. BayBO ist der Vorgänger von Art. 86 BayBO und setzte im Gegensatz zu Art. 86 BayBO eine bauliche Anlage für das Zustimmungsverfahren voraus.

die Genehmigungsbedürftigkeit des Vorhabens voraus¹⁾. Grundsätzlich sind die Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und der Abriß einer baulichen Anlage genehmigungspflichtig²⁾. Das gilt nicht nur für bauliche, sondern auch für solche Anlagen, die keine baulichen sind, insbesondere bestimmte Werbeanlagen und Warenautomaten³⁾.

Obwohl der Wortlaut der Sonderregelungen für öffentliche Bauten eine bauliche Anlage voraussetzt, muß auch bei nicht-baulichen Anlagen, wenn sie genehmigungspflichtig sind und Bund oder Land Träger des Vorhabens sind, das Zustimmungsverfahren durchführbar sein, da nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber gerade diese unbedeutenden Vorhaben von der Privilegierung ausnehmen wollte⁴⁾. Demnach unterliegt eine nicht-bauliche Werbeanlage, z.B. der Deutschen Bundesbahn, dem Zustimmungsverfahren.

In Ausnahmefällen sind Bauvorhaben nicht genehmigungspflichtig⁵⁾. Für genehmigungsfrei erklären die Landesbauordnungen⁶⁾ bzw. Rechtsverordnungen, zu deren Erlaß die Landesbauordnungen ermächtigen⁷⁾ Vorhaben von geringerer Bedeutung, z.B. Errichten, Ändern, Besetzen von Baustelleneinrichtungen wie

1) Z.B. § 99 Abs. 1 Satz 2 BauOBl.n.

2) Z.B. § 88 Abs. 1 Satz 1 BauOBl.n.

3) Vgl. für Berlin § 82 Abs. 1 BauOBl.n; siehe dazu Grundeis in: Förster/Grundeis u.a., Komm. BauOBl.n, § 82, Anm. 1.

4) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 7.

5) Z.B. § 88 Abs. 1 Satz 2 iVm Abs. 2 BauOBl.n.

6) § 89 LBO BW; Art. 66, 67 BayBO; § 81 BauOBl.n; § 89 HBO; § 69 NBauO; § 81 BauONW; § 93 LBO RP, § 89 LBO S; § 85 LBO SH.

7) § 87 Abs. 2 Nr. 1 Brem LBO; § 92 Nr. 1 HBauO.

Baubuden und -zäunen, von Blitzschutzanlagen, Maßnahmen zur Instandsetzung und Unterhaltung, wenn die äußere Gestaltung unverändert bleibt ¹⁾. Führen Bund oder Länder ein genehmigungsfreies Vorhaben aus, unterliegen sie folglich auch nicht der Zustimmungspflicht; das materielle Recht ist bei diesem Vorhaben jedoch zu beachten ²⁾.

c) Bund und Länder als Träger des Vorhabens

Das Sonderrecht setzt voraus, daß es sich um eine bauliche Anlage "des Bundes" und der "Länder" handelt. Dabei stellt sich die Frage, ob die Vorschriften voraussetzen, daß Bund und Länder in einer bestimmten Organisationsform als Träger des Vorhabens auftreten. Weiter ist zu untersuchen, ob es darauf ankommt, daß der Träger Eigentümer oder Bauherr der baulichen Anlage ist.

aa) Organisationsform

Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß Bund und Länder in einer bestimmten Organisationsform, nämlich als juristische Person des öffentlichen Rechts, an dem Vorhaben beteiligt sein müssen ³⁾, es muß sich also um "Staatsbauten" handeln. Das ist der Fall bei Vorhaben aller Zweige der bundeseigenen Verwaltung und der Bundesoberbehörden,

-
- 1) § 81 Abs. 1 Nr. 28, 29, 9 und 25 BauOBln, vgl. auch Art. 86 Abs. 7 BayBO.
 - 2) § 81 Abs. 2 BauOBln, eine entsprechende Regelung findet sich auch in den anderen Bauordnungen.
 - 3) OVG Münster, B.v. 30.6.76 - X B 666/76 - OVGE 32, 83 (84 f.); Förster in: Grundel/Förster u.a., Komm. BauOBln, § 99, Anm. 1, S. 356; Rößler in: Thiel u.a., Baurecht in NW, Anm. zu § 97 BauO; Simon, Komm. BayBO, Art. 86, Rdnr. 7.

z.B. des Bundesoberseeamtes, des Bundesrechnungshofes, des Luftfahrtbundesamtes, der nicht rechtsfähigen Bundesanstalt für Flugsicherung ¹⁾, des Technischen Hilfswerkes ²⁾, der Anstalt "Deutscher Wetterdienst" ³⁾, des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen ⁴⁾ und des Bundesamtes für gewerbliche Wirtschaft ⁵⁾. Bauliche Anlagen des Bundes sind auch die Gebäude der Bundesgerichte und des Bundestages. Öffentliche Bauten sind auch die baulichen Anlagen der Bundespost und der Deutschen Bundesbahn, weil der Bund Träger dieser Vorhaben ist, denn die Anlagen unterliegen nach Art. 87 Abs. 1 GG der bundeseigenen Verwaltung. Da für einen Teil der Anlagen die Planfeststellung vorgeschrieben ist, ist zu untersuchen, ob dieses Verfahren an die Stelle des Zustimmungsverfahrens tritt. Soweit es sich bei den Anlagen um Verkehrsanlagen handelt, findet das Zustimmungsverfahren ohnehin nicht statt, weil für Anlagen dieser Art die Bauordnungen nicht gelten ⁶⁾.

Auf Landesebene gilt entsprechendes: Das Land muß als juristische Person des öffentlichen Rechts Träger des Vorhabens sein. Öffentliche Bauten der Länder sind daher Verwaltungsgebäude

1) Gesetz v. 23.3.53, BGBl I S. 70, zuletzt geänd. d. Gesetz vom 18.9.80, BGBl I S. 1729.

2) Erlaß vom 25.8.53, GMBI S. 507

3) Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes v. 11.11.52, BGBl I S. 738

4) Gesetz v. 31.7.51, BGBl I S. 480, zuletzt geänd. durch Gesetz v. 20.12.74, BGBl I S. 3693

5) Gesetz vom 9.10.54, BGBl I S. 281, zuletzt geänd. durch Gesetz v. 2.3.74, BGBl I S. 469.

6) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

der unmittelbaren Landesverwaltung, die Gebäude der Gerichte der Länder und die Parlamentsbauten.

In Berlin kommt das Sonderrecht für öffentliche Bauten zur Anwendung für Bauvorhaben der Bundesbaudirektion, die ihren Sitz in Berlin hat, der Landespostdirektion, des Bauamtes Nord und des Bauamtes Süd der Oberfinanzdirektion Berlin ¹⁾. Zu den Bauten Berlins gehören auch die baulichen Anlagen der Bezirksverwaltungen ²⁾, weil die Bezirke Berlins keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, Art. 50 Abs. 2 VvB. Trotzdem sind diese Bauten genehmigungsbedürftig, da von der in § 99 Abs. 6 BauOBl. vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht worden ist ³⁾, nach der für Bauten Berlins das Zustimmungsverfahren ganz oder teilweise ausgeschlossen werden kann.

Da das Sonderrecht den Staat in der Organisationsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts voraussetzt, ist es nicht einschlägig ⁴⁾ für Vorhaben, bei denen der Staat als juristische Person des Privatrechts, wie z.B. einer AG oder GmbH, organisiert Träger des Vorhabens ist. Ebenso nicht anwendbar ist das Sonderrecht bei Vorhaben nicht-staatlicher juristischer Personen des öffentlichen Rechts, wie z.B. Bauten der Gemeinden ⁵⁾, Kreise,

1) Nr. 3 der Bekanntmachung v. 13.9.74 - BauWohn I a A 2 - 6914 - AB1. S. 1226, ersatzlos aufgehoben durch Bekanntmachung vom 5.12.79 - BauWohn I a A 21 - AB1. S. 2112.

2) Vgl. Bekanntmachung in Fn. 1 und Grundeis in: Förster/Grundeis u.a., Komm.BauOBl., § 99, Anm. 1, S. 356.

3) Dienstblatt des Senats Teil VI, Nr. 5 v. 14.7.80, S. 47.

4) Differenzierend die Regelung in Schleswig-Holstein, § 105 LBO SH.

5) Anders in Bremen: § 106 Abs. 1 Satz 1 BremLBO.

Bezirke ¹⁾ Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, bei denen deren Rechtsfähigkeit sich aus den Organisationsgesetzen ergibt, und zwar auch dann nicht, wenn die Bauaufgaben einer solchen rechtsfähigen Institution aufgrund Verwaltungsabkommens von einer staatlichen Bauverwaltung erledigt werden ²⁾. Daher ist das Zustimmungsverfahren nicht durchzuführen für Vorhaben der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, der Träger der gesetzlichen Krankenversicherungen, der Unfallversicherung und Arbeiterrentenversicherung und der Landesversicherungsanstalt Berlin ³⁾. Eine Ausnahmestellung nimmt die Deutsche Bundesbank ein; obwohl sie als juristische Person gemäß § 2 Satz 1 des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank ⁴⁾ rechtsfähig ist, nimmt sie wegen § 29 Abs. 2 dieses Gesetzes an den baurechtlichen Privilegien des Bundes teil ⁵⁾. Diese Vorschrift bestimmt, daß die Bundesbank die Vergünstigungen im Bauangelegenheiten genießt, die für den Bund gelten.

Die Vorschriften für öffentliche Bauten kommen auch zur Anwendung, wenn der Staat als juristische Person des öffentlichen Rechts am Wirtschaftsleben teilnimmt, was allerdings selten der Fall ist. Zwar

-
- 1) Anders in Bayern: Art. 86 Abs. 1 Satz 1 BayBO.
 - 2) OVG Münster, B.v. 30.6.76 - XB 666/76 - OVGE 32, 83 (86); anders aber in Bayern und Berlin, Art. 86 Abs. 8 BayBO, § 99 Abs. 1 Satz 3 BauOBl.
 - 3) Nr. 4 der Bekanntmachung v. 13.9.74 - BauWohn I a A 2 - 6914 - AB1. S. 1226, beachte aber Fn 1, S. 17.
 - 4) vom 26.7.57, BGBl I S. 745, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.5.75, BGBl I S. 1173.
 - 5) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 9; Sauter/Krohn/Kiess/Imig, Komm. LBO BW, § 107, Rdnr. 2; Rasch/Schaetzell, Komm. HBO, § 107, S. 328.

betätigt der Staat sich in nicht unerheblichem Maße gewerblich ¹⁾; Bund und Länder gründen jedoch zu diesem Zweck regelmäßig juristische Personen des Privatrechts, z.B. eine AG oder GmbH. Die in dieser Organisationsform vom Bund oder den Ländern errichteten baulichen Anlagen sind keine öffentlichen Bauten im Sinne des besonderen Verfahrensrechts der Landesbauordnungen ²⁾. Der Staat kann aber auch in der Form des Regiebetriebes gewerblich tätig werden ³⁾, das heißt, seine Unternehmen von weisungsgebundenen Beamten leiten lassen, wie das z.B. bei der Bundesdruckerei und auf Landesebene noch sehr selten bei den Staatsbädern der Fall ist ⁴⁾. Bei den damit im Zusammenhang auszuführenden Bauvorhaben ist der Staat öffentlicher Bauherr, kann also das Zustimmungsverfahren durchführen lassen. Der Staat kann seine Wirtschaftsinteressen auch in der Form des Eigenbetriebes wahrnehmen; das Unternehmen in dieser Form ist organisatorisch und wirtschaftlich gegenüber dem Regiebetrieb verselbständigt, der Betrieb ist aber keine juristische Person, sondern ein Unternehmen seines Trägers ⁵⁾, woraus folgt, daß seine baulichen Anlagen vom Staat ausgeführt werden, für sie gilt das Sonderrecht. Der Eigenbetrieb auf der Staatsebene findet sich nur sehr selten ⁶⁾, in dieser Form betätigen sich regelmäßig die Kommunen, also keine Adressaten des Sonderrechts ⁷⁾. In den Stadtstaaten Berlin und Hamburg bestehen keine Unterschiede zwischen Eigenbetrieben und Staatsbetrieben, soweit dort solche Einrichtungen existieren, weil

1) Püttner, Unternehmen, S. 76 ff.

2) Differenzierend die Regelung in Schleswig-Holstein, § 105 LBO SH.

3) Püttner, Unternehmen, S. 99.

4) Püttner, aaO, S. 99.

5) Püttner, aaO, S. 100.

6) Püttner, aaO, S. 101.

7) Anders in Bremen: § 106 Abs. 1 Satz 1 BremLBO.

in diesen Bundesländern zwischen staatlicher und gemeindlicher Tätigkeit nicht getrennt wird ¹⁾. In Berlin sind daher die baulichen Anlagen der mit den typischen kommunalen Aufgaben der Daseinsvorsorge befaßten Eigenbetriebe, wie der Berliner Verkehrsbetriebe, der Berliner Gaswerke und der Berliner Stadtreinigungsbetriebe ²⁾ genau so öffentliche Bauten wie die baulichen Anlagen der Staatlichen Porzellanmanufaktur, die als Staatsbetrieb denselben Regelungen wie die Eigenbetriebe im eigentlichen Sinn unterliegt ³⁾. Die Vorhaben unterliegen jedoch wegen § 99 Abs. 6 BauOBl, der die Möglichkeit vorsieht, das Sonderrecht für öffentliche Bauten Berlins ganz oder teilweise nicht anzuwenden, einem modifizierten Genehmigungsverfahren ⁴⁾. Dieses modifizierte Genehmigungsverfahren ist nicht durchzuführen für die Betriebsanlagen der Berliner Verkehrsbetriebe ⁵⁾; das ergibt sich aus § 100 Abs. 1 Nr. 1 BauOBl.

bb) Zustimmung der Länder zu Vorhaben anderer Bundesländer

Das Sonderrecht für bauliche Anlagen des Bundes und der Länder gilt zugunsten des Bundes in allen Bundesländern; mit den Bauten "der Länder" sind die Anlagen auf dem eigenen Territorium gemeint. Das ist den Bauordnungen von Berlin und Bremen eindeutig zu entnehmen: Die §§ 99 Abs. 6 BauOBl und 106 Abs. 2

-
- 1) Art. 1 Abs. 1 VvB, § 1 AZG Berlin; Art. 4 Abs. 1 der Hamburger Verfassung.
 - 2) § 1 Abs. 2 lit. a, b und g EigG.
 - 3) § 1 Abs. 2 lit. f EigG.
 - 4) Dienstblatt des Senats, Teil VI, Nr. 5 vom 29.4.80, S. 47.
 - 5) § 1 Abs. 2 Nr. 1 BauOBl nimmt nur die öffentlichen Straßen, aber nicht sonstige Verkehrsanlagen aus dem Anwendungsbereich der Bauordnung heraus.

BremLBO sehen vor, daß die im Gesetz bezeichnete Behörde bestimmen kann, daß das Verfahren für öffentliche Bauten auf Vorhaben des eigenen Landes ganz oder teilweise nicht zur Anwendung kommen soll. Das Fehlen einer solchen Regelung in den anderen Bundesländern bedeutet nicht, daß dort die Vorhaben anderer Bundesländer nicht der Zustimmungs-, sondern der Genehmigungspflicht unterliegen. Zwar wird die Frage für die entsprechende Regelung in der VOÖB unterschiedlich beurteilt ¹⁾, aus dem Wortlaut der landesrechtlichen Vorschriften, aber auch aus ihrem Sinn und Zweck läßt sich herleiten, daß auch die Vorhaben anderer Bundesländer den Sonderregelungen unterfallen. Zwar wird der Grund für das gegenüber dem Genehmigungsverfahren vereinfachte Zustimmungsverfahren in der Sachkunde des öffentlichen Bauherrn gesehen ²⁾, was zu der Annahme verleiten könnte, dann seien die Vorhaben anderer Bundesländer nicht privilegiert, weil der Bauherr ja nur über Sachkunde im Hinblick auf das Bauordnungsrecht des eigenen Landes verfüge. Wäre die Privilegierung ausschließlich in einer so verstandenen Sachkunde des öffentlichen Bauherrn begründet, wäre nicht einzusehen, warum auch dem Bund als Bauherrn das Sonderrecht gewährt wird. Sieht man jedoch den Grund für die Sonderstellung des öffentlichen Bauherrn auch darin, daß der Gesetzgeber ihm mehr als einem privaten Bauherrn vertraut, die Bauvorschriften einzuhalten, macht es keinen Unterschied, ob das Land als Träger des Vorhabens auf dem eigenen oder fremden Territorium baut. Daher ist auch für die Vorhaben anderer Bundesländer das Genehmigungs- anstelle des Genehmigungsverfahrens durchzuführen. Da ein Landesbau

1) Vgl. Obermayer, DVBl 58, 419 li. Sp.

2) Groschupf in: Blumenbach/Groschupf, Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 4, S. 490; Proksch, Bauordnungsrecht, S. 196.

auf fremdem Territorium nur selten errichtet ¹⁾
wird, haben sich Rechtsprechung und Schrifttum
zu der Frage bisher nicht geäußert ²⁾.

cc) Rechtbeziehung des Trägers zu dem Vorhaben

Weiter ist zu untersuchen, in welcher Rechtsbeziehung der Bund oder die Länder zu dem Vorhaben stehen müssen, damit das Sonderrecht zur Anwendung kommen kann. Entscheidend könnte sein, daß der Bund oder die Länder Eigentümer der baulichen Anlage werden ³⁾ oder Eigentümer des Baugrundstückes sind ⁴⁾. Die Sonderregelungen könnten aber auch an die Bauherreneigenschaft anknüpfen. Auf diese Frage kommt es beispielsweise bei den Hochbauten, Brücken und dergleichen der Rhein-Main-Donau-Großschiffahrtsstraße und die beim Ausbau anderer Bundeswasserstraßen entstehenden baulichen Anlagen durch die Rhein-Main-Donau-AG an. Bei diesen Bauten handelt es sich nur dann um öffentliche, wenn das Eigentum daran für diese Eigenschaft entscheidend ist ⁵⁾, das dem Bund wegen Art. 89 GG zusteht. Knüpften die Regelungen dagegen an die Bauherreneigenschaft an, wären die Anlagen keine öffentlichen Bauten, da eine Gesellschaft des Privatrechts sie errichtet.

-
- 1) Z.B. die hamburgischen Vollzugseinrichtungen in Schleswig-Holstein, vgl. Zustimmungsgesetz zum Abkommen über die Zuständigkeit zur Strafvollstreckung, HambGVBl 1974, S. 331.
 - 2) Ein entsprechender Hinweis findet sich in Pos.2.11 der Bekanntm.d.Bayer.Staatsmin.d.Inneren v.21.8.69, Nr. IV B 4 - 9132/2-15, abgedruckt bei Simon, Komm.BayBO, Art.86; in Bayern besteht aber wegen der erwähnten Sonderregelung das Problem nicht.
 - 3) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 9.
 - 4) Koch in: Domnig/Koch, Komm.LBO SH, Glmr. 2 zu §104.
 - 5) Zu diesem Ergebnis kommt folgerichtig Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 8.

Für das Verständnis der Vorschriften im erst-
genannten Sinne könnte deren Wortlaut "Anlagen
d e s Bundes und der Länder" sprechen. Außerdem
enthält die Bayerische Bauordnung in Art. 86 Abs. 8
BayBO eine Regelung, nach der das Sonderrecht auf
"Vorhaben Dritter, die in Erfüllung einer staat-
lichen Baupflicht vom Land durchgeführt werden"
anwendbar ist; in § 99 Abs. 1 Satz 3 der Berliner
Bauordnung findet sich die Regelung, daß das Son-
derrecht für öffentliche Bauten auch "für bauliche
Anlagen anderer Stellen, die von Behörden des Bundes
oder der Länder errichtet werden", gilt. Diese
Vorschriften könnten dafür sprechen, daß es zumindest
in Bayern und Berlin auf die Eigentumsverhältnisse
ankommen soll und nicht auf die Bauherreneigenschaft.
In beiden Fällen kommt der Staat, der für den
"Dritten" oder die "andere Stelle" eine bauliche
Anlage errichtet, als Bauherr in Betracht. Das er-
gibt sich für Bayern aus der Legaldefinition in
Art. 59 Abs. 1 BayBO, nach der Bauherr derjenige
ist, der "auf seine Verantwortung eine bauliche
Anlage vorbereitet oder ausführt oder vorbereiten
oder ausführen läßt". Die Berliner Bauordnung ent-
hält keine Definition des Bauherrenbegriffs, es
ist jedoch anerkannt, daß Bauherr derjenige ist,
dessen Wille den Bau bestimmt und der im eigenen
Namen eine bauliche Anlage errichtet, ändert oder
abbricht bzw. errichten, ändern oder abbrechen
läßt ¹⁾. Wenn das Sonderrecht an die Bauherreneigen-
schaft anknüpfte, könnten die Art. 86 Abs. 8 BayBO
und § 99 Abs. 1 Satz 3 BauOBln überflüssig sein,
denn Bund und Länder sind bereits aus Art. 86 Abs.
1 Satz 1 BayBO bzw. aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BayBO

I) Förster in: Förster/Grundel u.a., Komm. BauOBln,
§ 76, Anm. 1 a, S. 241.

privilegiert. Der Bauherrenbegriff läßt aber auch den "Dritten" bzw. die "andere Stelle" als Bauherren zu verstehen, da die Vorschriften auch so ausgelegt werden können, daß sie lediglich voraussetzen, daß der Staat die für die Errichtung des Baues finanzielle Last übernimmt. Mit Hilfe der beiden Vorschriften läßt sich daher nicht der Nachweis führen, daß die Eigentumsverhältnisse für die Anwendbarkeit des Sonderrechts entscheiden sind.

Die Bezeichnung des Bundes und der Länder als öffentliche Bauherren in den Sonderregelungen - auch in Bayern und Berlin in Art. 86 Abs. 1 Satz 1 BayBO bzw. § 99 Abs. 5 Satz 1 BauOBl - läßt eher den Schluß zu, daß die Regelungen die Bauherreneigenschaft voraussetzen. Dafür spricht auch die ratio legis des Sonderrechts: die Voraussetzungen und seine Entwicklung zeigen, daß die Verfahrenserleichterungen Ausdruck der Anerkennung der Sachkunde der für das Vorhaben Verantwortlichen ist ¹⁾. Daher ist die Auffassung vorzugswürdig, nach der es bei den öffentlichen Bauten nicht auf die bürgerlich-rechtlichen Eigentumsverhältnisse ankommt, sondern daß die besonderen Verfahrensregelungen dann anwendbar sind, wenn Bund und Länder als Bauherren auftreten. Davon scheint auch die Mehrheit stillschweigend auszugehen.

d) Leitung der Entwurfsarbeiten und Bauüberwachung in den Händen bestimmter Personen

Das besondere Verfahren für öffentliche Bauten setzt schließlich voraus, daß die Leitung der Ent-

1) Groschupf in: Blumenbach/Groschupf, Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 4, S. 490; Proksch, Bauordnungsrecht, S. 196.

wurfsarbeiten und die Überwachung des Vorhabens in den Händen eines Beamten des höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes liegen ¹⁾. In der Regel sehen die Bauordnungen vor, daß die Aufgaben auch von Personen im öffentlichen Dienst mit entsprechenden Vorbildung wahrgenommen werden dürfen ²⁾; in Hamburg setzt das eine Rechtsverordnung des Senats voraus, § 111 Abs. 1 Satz 4 HBauO; in den übrigen Bundesländern reicht die Bestimmung durch die vom Gesetz bezeichnete Behörde aus ³⁾. Entwurf und Ausführung der Bauten der Verfassungsorgane des Bundes und der obersten Bundesbehörden leiten und überwachen die Beamten der Bundesbaudirektion, § 3 Abs. 2 des Gesetzes über die Bundesbauverwaltung ⁴⁾, für andere Bundesbauten können die Aufgaben auch Landesbehörden übertragen sein ⁵⁾.

Art. 86 Abs. 1 Nr. 1 BayBO verlangt das Tätigwerden einer "Baudienststelle", die gemäß Nr. 2 der Vorschrift mit mindestens zwei Bediensteten mit der Befähigung zum höheren bautechnischen Verwaltungsdienst und mit sonstigen geeigneten Fachkräften ausreichend besetzt ist. Bei dieser Stelle handelt es sich um die Bauämter des öffentlichen Bauherrn ⁶⁾.

Überträgt der öffentliche Bauherr die Entwurfsarbeiten und die Ausführung des Vorhabens einem privaten Unternehmer, gilt das allgemeine Verfahrensrecht, das heißt ein solches Vorhaben ist genehmigungspflichtig und das Zustimmungsverfahren findet nicht statt ⁷⁾.

1) Die Hessische Bauordnung bezeichnet die Beamten als solche des höheren technischen Verwaltungsdienstes der Fachrichtung "Hochbau" oder "Bauingenieurwesen", §107 Abs. 1 Satz 1 HBO. § 82 Abs. 1 Satz 1 NBauO verlangt Beamte mit der Befähigung nach § 64 Abs. 2 Sätze 1 und 2, das sind solche, die die Befähigung zum höheren technischen Verwaltungsdienst besitzen.

2-7) Siehe nächste Seite.

2. Die Verfahrensregelungen im einzelnen

a) Grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschriften über das Genehmigungsverfahren

Im Zustimmungsverfahren sind die meisten Vorschriften über das Genehmigungsverfahren sinngemäß anwendbar, denn die Vorschriften verweisen auf die Genehmigungsregelungen. Das bedeutet am Beispiel der Berliner Regelungen, daß auch im Rahmen des Zustimmungsverfahrens ein Vorbescheid erteilt werden kann, daß der Zustimmungsantrag wie ein Genehmigungsantrag behandelt wird, das heißt es sollen die Behörden und Dienststellen beteiligt werden, deren Aufgabenbereich von dem Vorhaben berührt wird; weist der Antrag erhebliche Mängel auf, kann er zurückgewiesen werden, bei technisch schwierigen Zustimmungsanträgen können auf Kosten des Antragstellers Sachverständige herangezogen werden, § 99 Abs. 3 Satz 2 iVm § 83 Abs. 2-5, §§ 89 - 91 BauOBl. Ebenso wie die Baugenehmigung muß die Zustimmung erteilt werden, wenn das Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht; sie ist ebenfalls eine gebundene Entscheidung. Wie die Baugenehmigung bedarf sie der Schriftform, wirkt ebenfalls gegenüber dem Rechtsnachfolger des Bauherrn, kann unter Auflagen und Bedingungen ergehen, wird unbeschadet der Rechte Dritter erteilt, § 99

Nachtrag von der vorangehenden Seite:

- 2) Z.B. § 99 Abs. 1 Satz 1 BauOBl.; anders nur § 82 Abs. 1 Satz 1 NBauO, § 97 Abs. 1 Satz 1 BauONW.
- 3) §§ 106 Abs. 1 Satz 4 BremLBO, 107 HBO.
- 4) Vom 18.3.75, BGBI I S. 714.
- 5) Z.B. Pos. III der Hamb. Anordnung über Zuständigkeiten im staatlichen Hochbau v. 1.7.80, Staatl. Anzeiger S. 1109.
- 6) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 12.
- 7) Vgl. Grundeis in: Förster/Grundeis u.a., Komm.BauOBl., § 99, Anm. 1, S. 356.

Abs. 4 iVm § 89 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4, 5 und 6 BauOBl. Vor Aushändigung der Zustimmungserklärung darf wie bei der Baugenehmigung mit der Ausführung des Vorhabens, abgesehen von der Einrichtung der Baustelle, nicht begonnen werden, § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 7 BauOBl. Bei Befreiungen sind sowohl im Genehmigungs- als auch im Zustimmungsverfahren die Nachbarn zu beteiligen, § 99 Abs. 4 iVm § 88 BauOBl. Für Ausnahmen ergibt sich die Verpflichtung zur Beteiligung der Nachbarn aus den subsidiär anwendbaren Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder ¹⁾, für Berlin aus § 1 Abs. 1 VwVfG Berlin iVm §§ 28, 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG des Bundes. Ist ein zustimmungsbedürftiges Vorhaben ohne die erforderliche Zustimmung begonnen worden, kann das Zustimmungsverfahren in Berlin wie das Genehmigungsverfahren von Amts wegen durchgeführt werden, § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 11 BauOBl. Ebenfalls keine Unterschiede bestehen regelmäßig hinsichtlich der Möglichkeit einer Teilzustimmung und der Geltungsdauer; letztere beträgt in Berlin wie auch in den meisten anderen Bundesländern ein Jahr, § 99 Abs. 4 iVm § 91 Abs. 1 BauOBl.

b) Das Recht des öffentlichen Bauherrn zur Wahl des Verfahrens

Das Wahlrecht des öffentlichen Bauherrn, die Zustimmung oder die Genehmigung zu beantragen ²⁾, wird neuerdings erstmalig bestritten ³⁾, und zwar mit dem Argument, daß der öffentliche Bauherr den gesetz-

-
- 1) Vgl. für das Baugenehmigungsverfahren Ortloff, NJW 83, 961 (1964 re. Sp.).
 - 2) Für das Wahlrecht haben sich ausgesprochen: Grundei in: Förster/Grundei u.a., Komm.BauOBl., § 99, Anm. 1, S. 356; Koch in: Domnig/Koch, Bauordnungsrecht in SH, § 104, Anm. 1; Sauter/Krohn/Kiess/Imig, Komm. LBO BW, § 107, Anm. 1.
 - 3) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 12.

geberischen Zweck, ihm ein vereinfachtes Verfahren zur Verfügung zu stellen, nicht unterlaufen dürfe ¹⁾. Erscheint jedoch dem öffentlichen Bauherrn aus irgendeinem Grunde das Genehmigungsverfahren vorzugswürdiger, braucht er mit Entwurf und Ausführung nur einen Privatunternehmer oder einen Beamten, der den Voraussetzungen des Sonderrechts nicht entspricht, zu betrauen, und kann auf diese Weise dem Zustimmungsv erfahren ausweichen. Demnach könnte es sinnlos sein, sich gegen ein Wahlrecht auszusprechen. Da es jedoch nicht ausgeschlossen sein dürfte, daß die untere Bauaufsichtsbehörde den Genehmigungsantrag des öffentlichen Bauherrn an die für die Erteilung der Zustimmung zuständige höhere Verwaltung weiterreicht, weil die Zustimmungsvorschriften zur Entlastung der Verwaltung beitragen ²⁾ und diese die Zustimmung anstelle der beantragten Genehmigung erteilt, ist das Wahlrecht letztendlich bedeutungslos. Der öffentliche Bauherr wird sich ohnehin in der Regel für das Zustimmungsv erfahren entscheiden, weil es wegen des geringeren Prüfungsumfanges gegenüber dem Genehmigungsverfahren ³⁾ schneller abgeschlossen sein dürfte. Dazu kommt, daß das Zustimmungsv erfahren in der Regel kostengünstiger ist als das Genehmigungsverfahren ⁴⁾, es sei denn, es besteht überhaupt keine Gebührenpflicht für Bund und Länder, das würde dann auch im Genehmigungsverfahren gelten ⁵⁾. Nach § 5 VOÖB waren die Bauten des Reiches von der Gebührenpflicht im Zustimmungsv

1) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 12.

2) Das zeigt z.B. § 99 Abs. 3 Satz 2 BauOBl: danach werden die Statik, der Wärme- und Schallschutz nicht nachgeprüft.

3) Vgl. z.B. die in Fn. 2 genannte Regelung.

4) So z.B. in Bayern: Tarif II 1 der Verordnung über den Erlaß des Kostenverzeichnisses zum Kostengesetz v. 27.12.56, BayBS III S. 446, zuletzt geändert durch VO v.9.6.76, GVBl S. 344, ber.S.519 iVm dem Schreiben des StMin.d.I. v.28.3.77 Nr. I Z 6-1052-20/3, veröff. von Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 28.

5) Für Berlin: § 2 Abs. 1 Nr. 1 VerwGebO idF v.13.11.78, GVBl S. 2410, zul.geänd.d.VO v.16.12.80, GVBl 81, S. 38.

im Zustimmungsverfahren befreit; dies würde heute für den Bund gelten, falls die Länder die Verordnung nicht wirksam aufgehoben haben ¹⁾. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts waren die Länder jedoch zur Aufhebung des § 5 VOöB befugt, weil die dort geregelte Materie für einen Gegenstand der Landesgesetzgebung gehalten wurde ²⁾.

c) Abweichungen von den Genehmigungsvorschriften

aa) Der Zustimmungsantrag

Während in den Flächenstaaten beim Genehmigungsverfahren der Antrag bei der Gemeinde ³⁾, ist er beim Zustimmungsverfahren bei der für das Bauwesen zuständigen Behörde der Mittelstufe ⁴⁾ einzureichen. Welche Behörde das ist, ergibt sich aus der jeweiligen Bauordnung; in der Regel handelt es sich um die Bezirksregierungen ⁵⁾. In den Ländern mit zweistufigem Behördenaufbau, also in Berlin, Bremen, dem Saarland und Schleswig-Holstein, ist der Antrag bei der höchsten Behörde für das Bauwesen ⁶⁾ zu stellen. In Berlin und Bremen sind das die für das Bauwesen zuständigen Senatoren, §§ 99 Abs. 3 Satz 1 BauOBln, 106 Abs. 4 Satz 1 BremLBO. Im Saarland ist es der Minister für Umwelt, Raumordnung und Bauwesen, § 83 Abs. 1 Satz 1 LBO S; in Schleswig-Holstein der Innenminister, § 79 Abs. 1 Nr. 1 LBO SH. Allein in Hamburg ist für die Ent-

1) Vgl. dazu oben A I.

2) U.v.22.4.66 - IV A 1.65 - DVBl 67, 292 (293 re.Sp.).

3) Vgl. z.B. Art. 69 Abs. 1 Satz 1 BayBO.

4) "Obere" bzw. "höhere" Bauaufsichtsbehörde: § 107 LBO BW, § 107 Abs. 4 Satz 1 HBO, § 82 Abs. 1 Satz 3 NBauO, § 97 Abs. 4 Satz 1 BauONW; "Regierung": Art. 86 Abs. 2 Satz 1 BayBO.

5) z.B. Art. 62 Abs. 1 Satz 1 BayBO.

6) "Oberste" Bauaufsichtsbehörde: § 108 Abs. 4 Satz 1 LBO S, § 104 Abs. 4 Satz 1 LBO SH; "Senator": § 99 Abs. 3 Satz 1 BauOBln, § 106 Abs. 4 Satz 1 BremLBO.

gegennahme des Zustimmungsantrages dieselbe Behörde wie für den Genehmigungsantrag zuständig, die Bauaufsicht, § 111 Abs. 3 Satz 1 HBauO; das sind die Bezirksämter ¹⁾. In Berlin wird er- wogen, die Baufgabe ebenfalls den Bezirksämtern zu übertragen ²⁾, die auch die Genehmigungsbehörden sind, § 83 Abs. 1 BauOBln iVm § 10 Nr. 1 DVO-ASOG.

In der Regel wird für den Zustimmungsantrag die Vorlage derselben Unterlagen verlangt wie für die Baugenehmigung ³⁾; welche das im einzelnen sind, ergibt sich im wesentlichen aus den Bauvorlagen- verordnungen der Länder, daneben aber auch aus anderen Rechtsvorschriften, wie z.B. den Garagen- verordnungen ⁴⁾.

In Berlin ist beispielsweise gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 der Verordnung über Bauvorlagen im bauauf- sichtlichen Genehmigungsverfahren ⁵⁾ der Lageplan, die Bauzeichnungen, die Bau- und Betriebsbeschrei- bung, der Nachweis der Standsicherheit und die anderen bautechnischen Nachweise, die Darstellung der Grundstücksentwässerung und der Wasserversorgung zu erbringen. Für die Baugenehmigung des Abbruches wird nach § 8 der Verordnung die Bezeichnung des Grundstückes nach Straße und Grundstücksnummer, die Beschreibung der baulichen Anlagen nach ihrer wesent- lichen Konstruktion und des vorgesehenen Abbruchvor- ganges verlangt sowie die Angabe der Abbruchgeräte und der Sicherheitsmaßnahmen.

-
- 1) Pos. I der Anordnung über Zuständigkeiten im Bau- ordnungswesen v. 25.5.72, Amtl.Anz.S. 697, zuletzt geänd. am 23.2.82, Amtl.Anzeiger S. 441.
 - 2) Vgl. Zwischenbericht der Enquête-Kommission zur Ver- waltungsreform, LT Drs. 9/936, S. 6, Pkt. VIII.
 - 3) Z.B. Art. 86 Abs. 2 Satz 3 iVm Art. 69 Abs. 2 S.1 BayBO; unklar § 111 Abs. 3 Satz 2 iVm § 92 Abs.2 HBauO.
 - 4) Z.B. § 20 GarVOBln.
 - 5) v. 17.7.79, GVBl S. 1481, 1811.

Im Gegensatz dazu wird in Berlin, aber auch in Bremen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen auf die Erbringung statischer Nachweise im Zustimmungsverfahren verzichtet ¹⁾, in Berlin und Niedersachsen darüber hinaus auf die Erbringung sämtlicher bautechnischer Nachweise, §§ 99 Abs. 3 Satz 2 BauOBl, 82 Abs. 3 Satz 2 NBauO.

bb) Entscheidungsbefugte Behörde

Die Entscheidung über den Zustimmungsantrag trifft dieselbe Behörde, die für die Entgegennahme des Antrages zuständig ist. In Baden-Württemberg darf diese Behörde allerdings nur positiv über den Antrag entscheiden; soll die Zustimmung verweigert werden, muß der Antrag der obersten Bauaufsichtsbehörde vorgelegt werden, §§ 107 Abs. 4 LBO BW.

cc) Ausnahmen und Befreiungen

Soll die Zustimmung unter Gewährung einer Ausnahme oder Befreiung erteilt werden, verlangen einige Bauordnungen einen besonderen Antrag neben dem Zustimmungsantrag ²⁾. In Baden-Württemberg wird das nur für Befreiungen gefordert, § 107 Abs. 3 Satz 5 LBO BW. Im übrigen sind die Anträge Inhalt des Zustimmungsgesuches, so wie die Bauordnungen es für das Genehmigungsverfahren vorsehen.

Die Entscheidung über eine Ausnahme oder Befreiung trifft die für die Erteilung der Zustimmung zuständige Behörde, also in der Regel die höhere Verwal-

-
- 1) §§ 99 Abs. 3 Satz 2 BauOBl, 106 Abs. 4 Satz 2 BremLBO, 82 Abs. 3 Satz 2 NBauO, 97 Abs. 4 Satz 1 BauONW.
 - 2) §§ 99 Abs. 2 BauOBl, 97 Abs. 3 BauONW, 108 Abs. 3 LBO S, 104 Abs. 3 LBO SH.

tungsbehörde. Die Bauordnungen von Baden-Württemberg und Niedersachsen schreiben das allerdings nur für Befreiungen vor, §§ 107 Abs. 3 Satz 5 LBO BW, 82 Abs. 5 NBauO. Fraglich ist, was dort für Ausnahmen gilt. Drei Möglichkeiten sind denkbar, wobei die erste - Entscheidungsbefugnis der unteren Bauaufsicht wie im Genehmigungsverfahren - ausscheidet, weil nicht angenommen werden kann, daß nur für diesen Fall diese, in allen anderen Fragen des öffentlichen Bauvorhabens eine andere Behörde entscheiden soll. Als andere Möglichkeiten kommen die Entscheidungsbefugnis der höheren Verwaltungsbehörde, die auch über die Zustimmung entscheidet, oder die des öffentlichen Bauherrn selbst in Betracht. Den Materialien der beiden Landesbauordnungen ist nicht zu entnehmen, warum die Gesetzgeber dem Vorschlag der Musterbauordnung in § 105 Abs. 3 MBO nicht gefolgt sind ¹⁾; die Vorschrift betraut mit der Entscheidungsbefugnis über Ausnahmen die höhere Verwaltungsbehörde. Wegen dieser Abweichung liegt die Annahme einer bewußten Entscheidung des Gesetzgebers bei dieser Regelung näher als die eines Redaktionsversehens. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß der öffentliche Bauherr in den beiden Bundesländern sich Ausnahmen selbst zugestehen darf. Allerdings unterliegt er dabei denselben Bindungen wie die sonst dafür zuständige Behörde, §§ 107 Abs. 6 LBO BW, 82 Abs. 7 NBauO. Besondere materiell-rechtliche Ausnahmetatbestände zugunsten öffentlicher Bauvorhaben enthalten die Bauordnungen nicht, er muß also gegebenenfalls die Nachbarn beteiligen, wenn das Verwaltungsverfahrensgesetz das vorschreibt.

1) Vgl. für Baden-Württemberg Erläuterungen zum Regierungsentwurf des § 107 LBO BW, LT Drs. 3/3300, S. 6605. Für Niedersachsen: LT Drs. 7/50, S. 128, zu § 76 - Ministerialentwurf - und LT Drs. 7/2040, S. 99 zu § 76 (heute § 82) - Ausschlußbericht -.

Unterliegt ein Vorhaben nicht der Zustimmungspflicht, müssen Ausnahmen und Befreiungen dennoch beantragt werden ¹⁾. In Baden-Württemberg und Hamburg ist das zwar nicht ausdrücklich bestimmt, da es sich bei Ausnahmen und Befreiungen jedoch um Ermessensscheidungen handelt, wie die Wortwahl "kann" ²⁾ zeigt und die Gewährung von Ausnahmen und Befreiungen mit Auflagen und Bedingungen versehen werden können ³⁾, muß die Behörde Kenntnis von dem Vorhaben haben, was einen Antrag voraussetzt. Das gilt aber nicht für Ausnahmen von der Baden-Württembergischen Bauordnung; für Ausnahmen ist dort, wie gezeigt, der öffentliche Bauherr allein zuständig.

Soll eine Ausnahme oder Befreiung vom Planungsrecht gewährt werden, muß die Behörde die Gemeinde bei der Zustimmung beteiligen; die Befreiung nach § 31 BBauG kann grundsätzlich ⁴⁾ nur im Einvernehmen mit der Gemeinde ergehen. Dieses Erfordernis entfällt, wenn das Vorhaben weder zustimmungs- noch anzeigebedürftig ist, denn wegen § 29 Satz 1 BBauG gelten in einem solchen Fall die §§ 30 bis 37 BBauG nicht.

dd) Nennung der Verantwortlichen

Im Zustimmungsantrag sind, so alle Bauordnungen übereinstimmend, die mit der Leitung der Entwurfs- und Ausführungsarbeiten betrauten Personen zu benennen ⁵⁾. Neben der Angabe des Namens ist die

1) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 87 Abs. 4 BauOBl.n.

2) § 96 Abs. 3 HBauO, § 94 Abs. 5 LBO BW.

3) Wie Fn. 2.

4) Beachte § 37 BBauG.

5) Z.B. § 99 Abs. 3 Satz 2 BauOBl.n.

Nennung der Amts- und Dienstbezeichnung erforderlich ¹⁾, da anderenfalls nicht geprüft werden kann, ob die Voraussetzung des Zustimmungsverfahrens, die Leitung des Vorhaben durch bestimmte Personen, vorliegt.

ee) Umfang der Überprüfung des Antrages

Im Genehmigungsverfahren prüft die Behörde die Übereinstimmung des Vorhabens mit dem gesamten öffentlichen Recht ²⁾. Dazu gehört auch die bautechnische Ausführung ³⁾. Im Gegensatz dazu wird im Zustimmungsverfahren auf eine Prüfung der bautechnischen Ausführung verzichtet ⁴⁾. Zur bautechnischen Ausführung gehören Standsicherheit, Wärme- und Schallschutz sowie Feuersicherheit der Baustoffe und -teile ⁵⁾. In Hessen wird lediglich die Standsicherheit nicht geprüft, für alles andere sind Stichproben vorgesehen, § 107 Abs. 5 HBO.

Die nicht die Bautechnik betreffenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften sind Gegenstand der Prüfung des Zustimmungsantrages. In der Praxis werden im wesentlichen die planungsrechtliche Zulässigkeit, die Baugestaltung und die Stellplatzverpflichtung geprüft ⁶⁾.

-
- 1) Vgl. Pos. 9 der inzwischen ersatzlos gestrichenen Bekanntmachung des Berliner Senators für Bau- und Wohnungswesen vom 13.9.74 - BauWohn I a A 2 - 6914 - Abl. S. 1226.
 - 2) Z.B. § 89 Abs. 1 Satz 1 BauOBl.
 - 3) Vgl. Überschrift zu den §§ 6 ff. LBO RP und § 5 der Landesverordnung über Bauunterlagen von Rheinland-Pfalz v. 21.11.74, GVBl S. 589.
 - 4) Z.B. Art. 86 Abs. 2 Satz 3 BayBO.
 - 5) Vgl. § 5 der in Fn. 3 genannten VO.
 - 6) Grundei in: Förster/Grundeis u.a., Komm.BauOBl.; Pos. 3.6 der Bekanntm.d. Bayer. Staatsmin.d.I. v. 21.8.69, abgedruckt bei Simon, Komm.BayBO, Art. 86. Vgl. für Bayern auch das unveröff. Schreiben des Staatsmin.d.I. v. 26.2.74 Nr. II B 4-9130-1, auszugsweise abgedruckt bei Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 16.

ff) Anhören der Gemeinde

In den Flächenstaaten ist die Gemeinde zu dem Vorhaben zu hören ¹⁾. Zweifelhaft ist es, ob die Gemeinde auch dann gehört werden muß, wenn der Zustimmungsantrag abgelehnt werden soll; dies insbesondere dann, wenn die Bauordnung wie in Art. 86 Abs. 3 Satz 2 BayBO die Anhörung der Gemeinde "vor Erteilung der Zustimmung" vorschreibt. Die Funktion der Anhörung liegt in der Information der Gemeinde über das Vorhaben, weil die Baugesuche, anders als im Genehmigungsverfahren, nicht bei ihrer Verwaltung eingereicht werden ²⁾. Folglich ist die Gemeinde nicht nur dann anzuhören, wenn die Zustimmungsbehörde dem Antrag stattgeben will, sondern auch dann, wenn sie ihn ablehnen will. Durch die Einfügung der Worte "vor Erteilung der Zustimmung" in das bayerische Gesetz sollte lediglich gesichert werden, daß eine Zustimmung auf keinen Fall erteilt wird, bevor der Gemeinde Gelegenheit zu Stellungnahme gegeben worden ist ³⁾.

Ebenfalls nicht unproblematisch ist die Frage, ob die Gemeinde sich bei ihrer Stellungnahme auf Fragen des Bauordnungsrechts beschränken muß oder ob sie auch berechtigt ist, sich zum Planungsrecht zu äußern. Für eine Beschränkung auf das Ordnungsrecht spricht, daß die Beteiligung der Gemeinde im Bereich des Städtebaues abschließend im BBauG geregelt ist. Gegen eine bloße Berücksichtigung ordnungsrechtlicher Fragen bei der gemeindlichen Stellungnahme spricht die Einheitlichkeit des Genehmigungs- bzw. Zustimmungsverfahrens; es wird

1) Z.B. § 107 Abs. 3 Satz 4 LBO BW.

2) Schmaltz in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm.NBauO, § 82, Anm. 5, S. 556.

3) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 17.

die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem gesamten öffentlichen Recht geprüft, also kommen neben den Vorschriften der Bauordnungen insbesondere die Regelungen des BBauG als Prüfungsmaßstab in Betracht. Es würde das Verfahren schwerfällig machen, sollte die Gemeinde zunächst isoliert zu Fragen des Bauordnungsrechts gehört und im weiteren Verfahrensverlauf um die Mitwirkung nach den Vorschriften des BBauG aufgefordert werden. Daher entspricht es allgemeiner Auffassung, daß die Stellungnahme der Gemeinde auch die städtebauliche Seite des Vorhabens umfassen soll ¹⁾, denn auch beim Einreichen des Antrages auf Erteilung der Baugenehmigung in den Flächenstaaten bei der Gemeinde gibt diese, bevor sie den Antrag an die Baugenehmigungsbehörde weiterleitet, eine städtebauliche Stellungnahme ab ²⁾. Bei der Anhörung im Rahmen des Zustimmungsverfahrens kann daher die Gemeinde die vom BBauG vorgeschriebenen Mitwirkungsakte vornehmen, z.B. ihr Einvernehmen zu dem Vorhaben erklären. In München wird so verfahren, daß nur das Antragsschreiben auf Erteilung der Zustimmung bei der Bezirksregierung einzureichen ist, die sonstigen erforderlichen Unterlagen sind unmittelbar der in München für die Erteilung der gemeindlichen Stellungnahme zuständigen Stelle zuzuleiten ³⁾.

Eine negative Stellungnahme zu dem Vorhaben ist für die Zustimmungsbehörde nicht bindend, sie hat nur in Baden-Württemberg verfahrensrechtliche Folgen: Wenn die Gemeinde einer von der Zustimmungsbehörde beabsichtigten Befreiung widerspricht, geht die Entscheidungsbefugnis auf die oberste Behördenstufe im Bauwesen über, § 107 Abs. 4 LBO. Wegen § 82

1) Sauter/Krohn/Kiess/Imig, Komm.LBO BW, § 107, Rdnr. 10; Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 17 mit Hinweis auf ein Rundschreiben der Regierung von Oberbayern v. 20.4.77 Nr. 420-6001/3 zum Inhalt der gemeindlichen Stellungnahme der Landeshauptstadt München.

2-3) Siehe nächste Seite.

Abs. 1 Nr. 1 LBO BW ist das das Innenministerium.

Verweigert die Gemeinde fehlerhaft in Einverständnis zu einer Befreiung von örtlichen Bauvorschriften, soll die Zustimmung trotzdem erteilt werden dürfen ¹⁾, weil hier die gemeindliche Entscheidung als zum übertragenen Wirkungskreis gehörend angesehen wird. Da die örtlichen Bauvorschriften aber vor allem Gestaltungsfragen regeln, erscheint diese Auffassung nicht frei von Bedenken. Die Freiheit der Gemeinde zur Gestaltung des eigenen Ortsbildes könnte, genau wie die Planungshoheit ²⁾, zum Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden aus Art. 28 Abs. 2 GG gehören ³⁾. Bei den Befreiungen vom Planungsrecht ist anerkannt, daß auch eine rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens die Baugenehmigungsbehörde bindet ⁴⁾.

gg) Beteiligung anderer Behörden

Andere Behörden, deren Aufgabenbereiche von dem Vorhaben berührt werden, sind am Genehmigungs- und Zustimmungsverfahren gleichermaßen zu beteiligen ⁵⁾. Eine Besonderheit besteht nur in Hamburg: Dort ist die zuständige Bezirksversammlung nach den Vorschriften des Bezirksverwaltungsgesetzes ⁶⁾ am Zustimmungsverfahren zu beteiligen, § 111 Abs. 1 Satz 3 HBauO.

-
- 1) OVG Lüneburg, U.v.30.11.73 - I A 68/73 - BRS 27, Nr. 167, S. 279 (282); Sauter/Krohn/Kiess/Imig, Komm.LBO BW, § 107, Anm. 10 unter Berufung auf ein unveröff. U. des VGH BW v. 25.3.77 - VIII 879/75.
 - 2) Stern, Staatsrecht I, § 12 II 3, S. 310.
 - 3) Als eigenes Recht der Gemeinde anerkannt vom OVG RP, U.v. 2.5.74 - I A 48/73 - OVGE 13, 388 (390).
 - 4) Vgl. dazu B IV.
 - 5) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 86 Abs. 1 BauOBln. Vgl. dazu Pos. I 1 der Ausführungsvorschriften über die Behörden- und Dienststellen beteiligung im bauaufsichtl. Verfahren - BauWohn I a A 21 - v.17.12.79, Abl. 80, S. 25, geänd.d.Verwaltungsvorschrift v. 21.6.82, Amtsblatt für Berlin S. 968.
 - 6) Vom 22.5.78, GVBl S. 178.

Die Bezirksversammlungen sind auf der Ebene der sieben Stadtbezirke von deren Wahlberechtigten gebildet, nach den Grundsätzen der Verhältniswahl besetzte Gremien. Aus § 14 des Bezirksverwaltungsgesetzes ergibt sich, daß die Bezirksversammlung Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem öffentlichen Bauvorhaben erhalten muß.

hh) Nebenbestimmungen

Wie die Baugenehmigung kann auch die Zustimmung mit Nebenbestimmungen versehen werden ¹⁾; sie dürfen sich allerdings nicht auf die bautechnische Ausführung des Vorhabens beziehen, weil dieser Teil wegen der alleinigen Verantwortlichkeit des öffentlichen Bauherrn von der Behörde nicht überprüft wird ²⁾.

ii) Umfang der Ersetzungswirkung

Die Zustimmung ersetzt in demselben Umfang sonstige nach anderen Gesetzen erforderliche Genehmigungen, wie das bei der Baugenehmigung der Fall ist ³⁾, da die Zustimmung die Genehmigungsbedürftigkeit eines Vorhabens voraussetzt.

Sind neben der Zustimmung sonstige Genehmigungen erforderlich, müssen sie, wie bei der Baugenehmigung, gesondert beantragt werden. Zwar ergibt

1) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 5 BauOBl.n.

2) Nr. 19 der inzwischen ersatzlos aufgehobenen Bekanntmachung des Senators für Bau- und Wohnungswesen, Berlin, vom 13.9.74 - BauWohn I a A 2 - 6914 - Abl. S. 1226.

3) Zur Baugenehmigung: Schultz, Diss., S. 66; Nr. 4 der Bekanntmachung des Bay.Staatsmin.d.I.v.21.8.69 abgedruckt bei Simon, Komm.BayBO, Art. 86.

sich aus den Bauordnungen der Grundsatz, daß ein genehmigungspflichtiges Vorhaben an allen öffentlichen-rechtlichen Vorschriften zu messen ist; dies gilt aber insoweit nicht, als die Vereinbarkeit des Vorhabens mit bestimmten öffentlich-rechtlichen Vorschriften in einem gesonderten Verfahren zu prüfen ist, das durch eine rechtlich selbständige Entscheidung mit Außenwirkung abgeschlossen wird ¹⁾, so daß mit dem Baugesuch die nach anderen Gesetzen erforderlichen Genehmigungen nicht als stillschweigend mitbeantragt gelten ²⁾. Der öffentliche Bauherr muß also gegebenenfalls neben der Zustimmung die Genehmigungen, die z.B. im Naturschutz-, Landschaftsschutz- und Wasserrecht vorgeschrieben sind ³⁾, einholen. Das ist auch in Schleswig-Holstein für den öffentlichen Bauherrn beachtlich: Zwar gelten dort nach § 87 Abs. 1 Satz 3 LBO SH mit dem Bauantrag alle nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erforderlichen Genehmigungen als beantragt, aber § 87 Abs. 1 LBO SH ist wegen § 104 Abs. 4 Satz 2 LBO SH im Zustimmungsverfahren nicht anwendbar ⁴⁾.

Wie bei der Baugenehmigung muß die Zustimmungsbehörde, wenn für die Baugenehmigung angeordnet, auch bei Erteilung der Zustimmung die intern wirkenden "Zustimmungen" anderer Behörden einholen, wie z.B. aus dem Bundesrecht nach den §§ 12 Abs. 2 und 3 LuftVG, 34 FlurbG, 31 Abs. 2 Satz 1 BBauG, 36 Abs. 1 Satz 2 BBauG, 9 Abs. 8 PStrG, soweit erforderlich.

-
- 1) BayVGH, U.v.25.5.77 - Nr. 394 II 74 - VGH n.F.30, 115 (116); B.v. 12.7.83, Nr. 2 AS 83 A. 881, Bay VBl 83, 532.
 - 2) Zum Baugenehmigungsantrag BVerwG, U.v.15.1.82 - 4 C 94/79 - NJW 82, 2787 re. Sp.
 - 3) Vgl. für die Baugenehmigung Übersicht bei Schultz, Diss., S. 117 f.
 - 4) Koch in: Domnig/Koch, Komm. LBO SH, § 104, Anm.4.

jj) Verzicht auf Überwachung und Abnahme

Auf eine Überwachung und Abnahme des öffentlichen Bauvorhabens wird, im Gegensatz zu genehmigten Vorhaben, in allen Bundesländern verzichtet ¹⁾.

Das ist auch in Bayern der Fall, obwohl in Art. 86 Abs. 1 BayBO nur die Überwachung genannt wird. Aus Art. 79 Abs. 2 BayBO ergibt es sich aber, daß die Abnahme als Teil der Überwachung angesehen wird.

3. Zustimmungsverfahren für Vorhaben anderer Rechtssubjekte als Bund und Länder

Einige Bauordnungen sehen vor, daß das Sonderrecht für Vorhaben des Bundes und der Länder weitere Rechtssubjekte begünstigt.

a) Bayerische Bezirke

In Bayern kommt das Sonderrecht für öffentliche Bauten auch für die Bezirke zur Anwendung, Art. 86 Abs. 1 Satz 1 BayBO. Das gilt auch für die Zustimmung zu "eigenen" Vorhaben. Obwohl die Bezirke wegen Art. 86 Abs. 2 Satz 1 BayBO die für die Erteilung der Zustimmung zuständige Behörde sind, müssen sie sich selbst gewissermaßen um die Zustimmung ersuchen. Diese Regelung ist aber deshalb vernünftig, weil durch die in den Verfahrensregelungen vorgeschriebene Beteiligung Dritter die Behörde eine umfassende Kenntnis vom Sachverhalt erhält und es darüberhinaus auch nicht ausgeschlossen ist, daß der Gesetzgeber mit den Verfahrensvorschriften den Schutz Rechte Dritter verfolgt ²⁾.

1) Z.B. § 99 Abs. 1 BauOBl.

2) BVerfG, "Mühlheim-Kärlich"-Beschluss v. 20.12.79
- 1 BvR 385/77 - E 53, 30 (65 ff.).

Welche Bauvorhaben für die Bezirke hauptsächlich in Betracht kommen, ergibt sich aus dem Kreis der Aufgaben, die sie im Land zu erfüllen haben. Im eigenen Wirkungskreis sollen die Bezirke in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen schaffen, die dem wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Wohl der Einwohner dienen, § 48 der Bezirksverordnung für den Freistaat Bayern ¹⁾. Dazu gehören Maßnahmen auf dem Gebiet der Sozialhilfe, der Jugendhilfe, des Gesundheitswesens, des Sonderschulwesens, des Wasserbaues, der Denkmal- und Heimatpflege, § 48 Abs. 2 der Bezirksordnung. Neben Verwaltungsgebäuden werden die Bezirke daher Krankenhäuser, Schulen, Theater, Museen und Sportstätten errichten.

b) "Dritte" in Bayern

Das Sonderrecht für öffentliche Bauten kommt in Bayern auch für die Bauvorhaben Dritter, die in Erfüllung einer staatlichen Baupflicht vom Land durchgeführt werden, zur Anwendung, Art. 86 Abs. 8 BayBO. Nach einer Bekanntmachung des Bayerischen Innenministeriums handelt es sich dabei um Vorhaben, die in Erfüllung des Konkordates mit dem Heiligen Stuhl und den Verträgen mit den Evangelischen Kirchen ausgeführt werden ²⁾; außerdem um Schulen, Hochschulgebäude, Forschungsinstitute und Kliniken ³⁾.

-
- 1) IdF der Bekanntmachung v. 31.5.78, GVBl S. 396, zuletzt geändert durch Gesetz vo. 11.8.78, GVBl S. 525.
 - 2) Vom 21.8.69, Nr. IV B 4 - 9132/215 -, mitgeteilt von Mang/Simon, Komm.BayBO, Art. 103 a.F.
 - 3) Gleiche Bekanntmachung wie Fn. 2, mitgeteilt von Simon, Komm.BayBO, Art. 86.

c) "Andere Stellen" in Berlin

In Berlin wird auch auf bauliche Anlagen "anderer Stellen", die von Behörden des Bundes und der Länder errichtet werden, das Sonderrecht für öffentliche Bauten angewandt, § 99 Abs. 1 Satz 3 BauOBl. Es muß sich dabei um Vorhaben handeln, für die ein anderes Rechtssubjekt als der Bund oder ein Land Bauherr ist, anderenfalls wäre die Vorschrift überflüssig, da Bund und Länder als Bauherren bereits aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BauOBl. privilegiert sind. Zu der Ausführung des Vorhabens werden der Bund oder die Länder regelmäßig gesetzlich oder vertraglich verpflichtet sein.

Zu denken ist wegen Art. 91 a Abs. 1 Nr. 1 GG an bauliche Anlagen der Universitäten. Diese Vorschrift erklärt Aus- und Neubau der Universitäten zu Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern. Die Universitäten sind eigene Rechtspersönlichkeiten, und zwar Körperschaften des öffentlichen Rechts, das ergibt sich aus § 58 Abs. 1 des Hochschulrahmengesetzes¹⁾. Es kommen z.B. auch in Betracht die baulichen Anlagen der Bundesgartenschau, die 1985 in Berlin stattfinden soll. Sie wird nicht vom Land Berlin allein, sondern gemeinsam mit dem Zentralverband Gartenbau e.V., Bonn, veranstaltet und von der Bundesgartenschau Berlin 1985 GmbH durchgeführt. Hierbei handelt es sich um Rechtssubjekte des Privatrechts; den Sonderregelungen für öffentliche Bauten ist aber nicht zu entnehmen, daß die "anderen Stellen" öffentlich-rechtlich organisiert sein müssen. Als Bauvorhaben "anderer Stellen" kommen weiter die der Verwaltung des ehemaligen Reichsbahnvermögens,

1) Vom 26.1.76, BGBl I S. 185, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.5.80, BGBl I S. 561.

des Verwaltungsamtes für den ehemaligen Reichsgrundbesitz in Betracht ¹⁾.

"Andere Stelle" in diesem Sinne ist auch die rechtsfähige Stiftung "Preußischer Kulturbesitz" mit Sitz in Berlin, die 1957 durch Bundesgesetz gegründet wurde ²⁾. Werden Neubauten erforderlich, ist deren Bauherrin die Stiftung. Da die Stiftung über keine eigene Bauverwaltung verfügt, führt die Bundesbauverwaltung deren Vorhaben aus; das beruht nicht auf einer schriftlich fixierten Vereinbarung, entspricht aber nach Auskunft der Rechtsabteilung der Stiftung ständiger Übung. Diese Handhabung wird ihren Grund darin haben, daß über Neubauten im Stiftungsrat der darin vertretene Bund und das Land Berlin allein entscheiden ³⁾ und sich auch die Kosten teilen ⁴⁾, so daß es sich anbietet, daß eine der beiden Bauverwaltungen die Vorhaben betreut. Für Vorhaben der Stiftung Preußischer Kulturbesitz kann daher das Zustimmungsverfahren durchgeführt werden.

Der Stiftung gehören jedoch nur die Grundstücke, die überwiegend der Unterbringung der in § 2 Abs. 1 des Stiftungsgesetzes aufgeführten Kulturgüter dienen, denn nur sie gelangten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 dieses Gesetzes in das Eigentum der Stiftung. Das Eigentum an den Grundstücken, die der Verwaltung der preußischen staatlichen Schlösser und Gärten unter-

-
- 1) Nr. 3 der inzwischen ersatzlos gestrichenen Bekanntmachung vom 13.9.74 - BauWohn I a A 2 -6914 - Abl. Berlin S. 1226; Grundeis in: Förster/Grundeis u.a., Komm.BauOBl., § 99, Anm. 1, S. 356.
 - 2) Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Preußischer Kulturbesitz" v. 25.7.57, BGBl I S. 841.
 - 3) § 4 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung über die Stiftung "Preußischer Kulturbesitz" v. 6.9.61, BGBl I S. 1709, geändert durch VO v. 20.12.74, BGBl I S. 3710.
 - 4) Wormit, DVBl 81, 752 (756 re. Sp.).

standen, ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 des Stiftungsgesetzes nicht auf die Stiftung übergegangen; sie befinden sich im Eigentum des Landes, auf dessen Territorium sie sich befinden. Das Land Berlin ist z.B. Eigentümer des Schlosses Charlottenburg, der Jagdschlösser Grunewald und Pfaueninsel ¹⁾. Sind an diesen Bauten genehmigungspflichtige Maßnahmen erforderlich, ist keine "andere Stelle", sondern das Land Berlin selbst Bauherr. Für Baumaßnahmen auf diesen Grundstücken gilt das Sonderrecht für öffentliche Bauten aus § 99 Abs. 1 Satz 1 BauOBl. Da die Maßnahmen häufig Baudenkmäler betreffen, kann die Entscheidung über die Zustimmung nur im Einvernehmen mit der Denkmalschutzbehörde ergehen ²⁾.

d) Stadtgemeinden in Bremen

Im Lande Bremen werden die Bauvorhaben der Stadtgemeinden Bremen und Bremerhaven sonderrechtlich behandelt, § 106 Abs. 1 Satz 1 BremLBO. Der Antrag auf Zustimmung ist allerdings nicht beim Senator für das Bauwesen, sondern bei der Baugenehmigungsbehörde einzureichen, § 106 Abs. 4 BremLBO, die auch über den Antrag entscheidet; insoweit besteht also ein Unterschied zum Zustimmungsverfahren für Bauten des Bundes und der Länder.

Vorhaben, als deren Träger die beiden Gemeinden in Frage kommen, ergeben sich aus den Aufgaben, die die Gemeinden zu erfüllen haben. Aus der Verfassung für die Stadt Bremerhaven ³⁾, die wegen Art. 145

-
- 1) Medicus in: Dtsch.Bundesrecht, Erl. zum Gesetz zur Errichtung der Stiftung "Preußischer Kulturbesitz", VIII A 81, zu § 2, Anm. b.
 - 2) § 11 Satz 3 des Gesetzes zum Schutz von Denkmälern in Berlin v. 22.12.77, GVBl S. 2540, geändert durch Gesetz v. 30.11.81, GVBl S. 1470.
 - 3) IdF v. 13.10.71, BremGBI S. 243.

145 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen ¹⁾ den Rang einer gemeindlichen Satzung hat, ergibt sich, daß die Gemeinde in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die für ihre Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen zu unterhalten hat, § 16 Abs. 1 Satz 1. Zu diesen der Daseinsvorsorge dienenden Einrichtungen sind im allgemeinen zu rechnen die Versorgung mit Trinkwasser, die Abwässerbeseitigung und Kanalisation, die Anlage von Gas- und Stromleitungen, von Verkehrsmitteln und Sparkassen ²⁾. Bietet die Gemeinde diese Einrichtungen durch Eigenbetriebe, d.h. nicht rechtsfähige öffentliche Anstalten, an, sind die dafür erforderlichen baulichen Anlagen Bauvorhaben der Gemeinde Bremerhaven. Sie sind zustimmungsbedürftig, es sei denn, der Magistrat der Stadt Bremerhaven hat gemäß § 106 Abs. 2 BremLBO bestimmt, daß das Zustimmungsverfahren auf diese Anlagen nicht angeandt wird.

e) Bestimmte juristische Personen in Schleswig-Holstein

In Schleswig-Holstein steht das Sonderrecht für öffentliche Bauten auch juristischen Personen zu, an denen der Bund oder die Länder überwiegend beteiligt sind, § 105 LBO SH. Da Zustimmungsverfahren kann nach dieser Vorschrift im Einzelfall durchgeführt werden, wenn es sich um bauliche Anlagen von überregionaler Bedeutung handelt, die der Öffentlichkeit dienen. Zu denken ist an Flughäfen und soziale Einrichtungen ³⁾.

1) Vom 21.10.47, BremGBI S. 251.

2) Unruh in: Besond.VerwR, Hrsg. Ingo v. Münch, S. 152 ff.

3) Koch in: Domnig/Koch, Komm. LBO SH, Erl. zu § 105.

III. Modifiziertes Genehmigungsverfahren für öffentliche Bauten in Rheinland-Pfalz

In Rheinland-Pfalz sind die Bauvorhaben des Bundes und der Länder genehmigungspflichtig, § 91 LBO RP. Das Genehmigungsverfahren ist jedoch für den öffentlichen Bauherrn vereinfacht und entspricht dem in den anderen Bundesländern durchzuführenden Zustimmungungsverfahren.

Das modifizierte Genehmigungsverfahren setzt voraus, daß das Vorhaben unter der Leitung eines Beamten des höheren technischen Verwaltungsdienstes einer staatlichen Hochbauverwaltung, dessen Name der Genehmigungsbehörde schriftlich mitzuteilen ist, § 115 Abs. 1 Satz 1 LBO RP, vorbereitet und ausgeführt wird, § 115 Abs. 1 Satz 1 LBO RP. Der Antrag ist bei der oberen Bauaufsichtsbehörde einzureichen, § 115 Abs. 1 Nr. 1 LBO RP; das ist gemäß § 86 Abs. 4 LBO RP die Bezirksregierung. Dem Antrag sind Stellungnahmen der Gemeindeverwaltung oder Verbandsgemeindeverwaltung und der unteren Bauaufsichtsbehörde beizufügen, § 115 Abs. 1 Nr. 1 LBO RP. Bauunterlagen über die Standsicherheit, den Wärme- und Schallschutz brauchen nicht vorgelegt zu werden, § 115 Abs. 1 Nr. 1 LBO RP, werden also auch nicht nachgeprüft, so § 115 Abs. 1 Nr. 2 LBO RP. Über die Erteilung der Baugenehmigung entscheidet die Bezirksregierung. Das gilt auch für die Gestattung von Ausnahmen und die Gewährung von Befreiungen, § 115 Abs. 1 Nr. 2 LBO RP. Bauüberwachung und Bauabnahmen finden nicht statt, § 115 Abs. 1 Nr. 3 LBO RP. Auch in Rheinland-Pfalz trägt der öffentliche Bauherr die Verantwortung, daß Entwurf und Ausführung des Vorhabens den baurechtlichen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen, § 115 Abs. 3 LBO RP.

IV. Das Anzeigeverfahren für öffentliche Bauten

Die Anzeigepflicht für bestimmte - regelmäßig unbedeutendere - Vorhaben besteht noch in den Ländern Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und Schleswig-Holstein ¹⁾. Handelt es sich um Vorhaben des Bundes und der Länder, entfällt in Hessen die Anzeigepflicht, wenn das Vorhaben sonst anzeigepflichtig wäre. In den übrigen Bundesländern bleibt es bei der Anzeigepflicht auch für die öffentlichen Bauten.

Die Anzeige nimmt dieselbe Behörde entgegen, die für die Entgegennahme eines entsprechenden Zustimmungsgesuches zuständig wäre ²⁾. In Rheinland-Pfalz ist eine Zweitschrift der Anzeige jeweils der Gemeindeverwaltung oder Gemeindeverbandsverwaltung und der unteren Bauaufsichtsbehörde zu überreichen, § 115 Abs. 1 Nr. 4 LBO RP; das wird auch im modifizierten Genehmigungsverfahren gefordert ³⁾. Die Verpflichtung, die Gemeinde über das Vorhaben zu informieren, besteht auch im Saarland, § 108 Abs. 2 LBO S. In den anderen Voraussetzungen unterscheidet sich das Anzeigeverfahren für öffentliche Bauten nicht von dem allgemein geltenden Anzeigeverfahren. Die Leitung der Entwurfsarbeiten und die Bauaufsicht durch einen Beamten des höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes wird nicht vor-

-
- 1) § 88 HBO, § 80 iVm § 82 BauONW, § 92 LBO RP, § 88 LBO S, § 84 LBO SH, § 92 Nr. 2 HBauO iVm der Verordnung über die Freistellung baulicher Anlagen von der Genehmigungsbedürftigkeit nach der Hamburgischen Bauordnung v.20.4.76, GVBl S. 111, ber. S. 136.
 - 2) § 3 Abs. 1 Satz 1 Hamb.BauFreiVO, § 97 Abs. 2 BauONW, § 115 Abs. 1 Nr. 4 LBO RP, § 108 Abs. 2 LBO S, § 104 Abs. 2 LBO SH.
 - 3) Siehe oben, A III.

ausgesetzt ¹⁾. Widerspricht die Behörde nicht innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Frist ²⁾, wird auch das öffentliche Bauvorhaben formell legal ³⁾.

V. Mitteilungspflicht für Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen

Bauliche Anlagen, die "unmittelbar der Landesverteidigung dienen", sind der höheren Verwaltungsbehörde vor Baubeginn "in geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen". Für diese Anlagen findet also weder das Baugenehmigungs- noch das Zustimmungsverfahren statt. Grund für diesen Verzicht wird in dem Geheimhaltungsinteresse gesehen, das der Bund an diesen Anlagen besitzt ⁴⁾. Rechtsgrundlage dieser Pflicht ist entweder § 3 VOÖB oder die inhaltlich entsprechenden Regelungen der Landesbauordnungen, wenn die Länder berechtigt waren, die VOÖB aufzuheben, wie sie es übereinstimmend getan haben ⁵⁾. Die Bauordnung für Berlin enthält eine Vorschrift für Verteidigungsanlagen nicht. Sollte § 3 VOÖB noch in Kraft sein, würde er auch in Berlin als altes Reichsrecht weitergelten, aber ohne Anwendungsbereich sein, da Berlin durch Besatzungsrecht "ent-

1) Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 159.2, S.412; Gädtke/Temme, Komm.BauONW, § 97, zu Abs. 2, S.64.

2) Vier Wochen bis zwei Monate: § 3 Abs. 2 Satz 1 Hamb.BauFreiVO, § 97 Abs. 4 HBO, § 89 Abs. 3 BauONW, § 101 Abs. 3 LBO RP, § 97 Abs. 3 LBO S, § 93 Abs. 4 LBO SH.

3) BVerwG, U.v.12.11.64 - I C 58.63 - E 20, 12 (14 f.).

4) Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 160, S. 413; Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert/ Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 9, S. 557; Gädtke/Temme, Komm.BauONW, § 97, zu Abs. 7, S. 643; Proksch, Bauordnungsrecht, S. 196; Ernst in: Ernst/Hoppe, Öff.Bau-u-Bodenrecht, Rdnr. 912, S. 540.

5) Vgl. die Nachweise oben A I.

militarisiert" ist.

Das Bundesverteidigungsministerium hat durch Erlaß bestimmt, daß der zuständigen Landesbehörde die für die Beurteilung der planungsrechtlichen Zulässigkeit und die erforderliche Beteiligung der Gemeinde nötigen Bauunterlagen zur Verfügung zu stellen sind, wie z.B. den Lageplan und die Ansichten ¹⁾, denn von den Verfahrensvorschriften des BBauG sind die Verteidigungsanlagen grundsätzlich nicht befreit ²⁾.

Obwohl die Regelungen von "Anlagen" sprechen, ist auch hier, wie beim Zustimmungsverfahren, davon auszugehen, daß damit "Vorhaben", also in der Regel Errichtung, Änderung und Nutzungsänderung von baulichen Anlagen gemeint sind ³⁾. Als Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, werden nur die "taktischen" Anlagen ⁴⁾ angesehen. Darunter werden nur die Anlagen verstanden, mit denen ein Angriff von außen aktiv abgewehrt werden kann. Anlagen, mit denen lediglich die Verteidigungsbereitschaft erhalten werden soll, sollen nicht darunter fallen ⁵⁾. Raketenabschußrampen, Geschützstellungen und Einsatzflughäfen sind danach z.B. Anlagen der Landesverteidigung unmittelbar zu dienen ⁶⁾; Bunker, Schießanlagen zu Übungszwecken ⁷⁾ Truppenunterkünfte, Reparaturwerkstätten für den Maschinenpark der Bundeswehr, Verwaltungsgebäude

-
- 1) Vom 29.5.78 Nr. U I 1 - 45 -01 -01 - 01, mitgeteilt von Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 24.
 - 2) Dazu B I - III, V.
 - 3) Dazu oben, A II 1 a.
 - 4) Böhm, DÖV 62, 257 (258).
 - 5) Neuffer, Komm.LBO BW, § 107, S. 227; Schmaltz in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 9, S. 557.
 - 6) Thiel/Rößler/Schumacher, Baurecht in NRW, Komm. BauO NW, Anm. zu § 97; a.A. zu Flughäfen Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 160, S. 413.
 - 7) BVerwG, U.v. 30.7.76 - IV A 1/75 - NJW 77, 163.

und Lager¹⁾ werden für Anlagen gehalten, die dem Verteidigungszweck nur mittelbar dienen und für die folglich das Zustimmungsverfahren durchzuführen ist. Angesichts des Motivs der Landesgesetzgeber für die Festlegung einer bloßen Mitteilungspflicht - Achtung des Geheimhaltungsinteresses des Bundes²⁾ an diesen Anlagen - überzeugt die Unterscheidung zwischen taktischen und sonstigen Anlagen nicht recht.

An eine Verletzung der Pflicht, die Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, "zur Kenntnis zu bringen", knüpft das Gesetz keine Rechtsfolgen, es kann also auch ohne die Kenntnisvermittlung mit dem Bau begonnen werden. Allein in Hessen hat die obere Bauaufsichtsbehörde das Recht, innerhalb von drei Monaten Bedenken und Anregungen vorzubringen, § 107 Abs. 7 HBO, die für den öffentlichen Bauherrn aber nicht verbindlich sind.

Die Bauordnungen von Bremen, Hamburg, dem Saarland und Schleswig-Holstein schließen die Anwendbarkeit der den Regelungen über die Verteidigungsanlagen vorangehenden Absätze der Sondervorschriften für öffentliche Bauten aus,³⁾ sie folgen damit der Musterbauordnung, die in § 105 Abs. 7 vorschreibt, daß die Anlagen "abweichend von den Absätzen 1 bis 6" lediglich zur Kenntnis zu bringen sind. Das kann aber nur bedeuten, daß auf diese Anlagen die Verfahrensregelungen für öffentliche Bauten - das Zustimmungsverfahren - nicht anwendbar sind; nicht dagegen, daß die Voraussetzungen eines öffentlichen Bauvorhaben bei ihnen nicht vorzuliegen brauchen. § 107 Abs. 5 LBO BW ist das eindeutig zu entnehmen:

1) Thiel/Rößler/Schumacher, Komm.BauONRW, Anm. zu § 97; Koch in: Domnig/Koch, Komm. LBO SH, § 104, Anm. 1.

2) Nachweise Fn. 4 auf S. 48.

3) § 106 Abs. 6 BremLBO, § 111 Abs. 5 HBauO, § 108 Abs. 6 LBO S, § 104 Abs. 6 LBO SH.

Nach dieser Vorschrift finden nur die Absätze 2 bis 4 auf die Verteidigungsanlagen keine Anwendung; Absatz 1, der die Voraussetzungen für die besondere Behandlung öffentlicher Bauten aufstellt, ist anwendbar. Art. 86 Abs. 5 BayBO setzt ausdrücklich "Bundes"anlagen voraus. Daß nur Staatsbauten, die von einer staatlichen Bauverwaltung ausgeführt werden, darunter fallen sollen, zeigt für Nordrhein-Westfalen auch die Entstehungsgeschichte des § 97 Abs. 7 BauONRW. Ursprünglich war in der Bauordnung von Nordrhein-Westfalen eine besondere Vorschrift für die Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, nicht enthalten, weil man der Auffassung war, daß sie nicht erforderlich sei; es ergebe sich aus einem allgemeinen Rechtsgedanken, daß die üblichen Verfahrensregelungen auf diese Anlagen nicht anwendbar seien ¹⁾. Nachdem das OVG Münster in einer Entscheidung eine Anlage der unmittelbaren Landesverteidigung für zustimmungspflichtig hielt ²⁾, wurde der heutige § 97 Abs. 7 in die Bauordnung eingefügt, um klarzustellen, "daß der öffentliche Bauherr, der in unmittelbarer Ausübung von Hoheitsgewalt bauliche Anlagen errichtet, insoweit nicht einer präventiven Kontrolle durch die allgemeinen Ordnungsbehörden unterworfen ist" ³⁾.

Aus der Nichtanwendbarkeit der Zustimmungsregelungen auf die Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, und der Anordnung, daß die höhere Verwaltungsbehörde "im übrigen", das heißt bis auf die Entgegennahme der Information über das Vorhaben nicht mitwirkt ⁴⁾, folgt aber auch, daß Ausnahmen und Befreiungen nicht beantragt zu werden brauchen.

1) Begründung Reg.-Entwurf zu § 97 Abs. 7 BauONW, LT Drs. 6/1075, S. 47 f.

2) B.v. 24.11.67 - X B 627/67 - E 23, 272 (273).

3) LT Drs. 6/1075, S. 47 f.

4) Z.B. § 111 Abs. 5 Satz 2 HBauO.

Der öffentliche Bauherr entscheidet selbst darüber; er ist dabei an das materielle Baurecht gebunden, denn die Regelung über die Verantwortlichkeit des öffentlichen Bauherrn gilt auch für ihn. Sollte § 3 VOöB noch in Kraft sein, würde nichts anderes gelten, da die Regelung dem Landesrecht inhaltlich entspricht.

Nach § 108 Abs. 6 LBO S und Art. 86 Abs. 5 Satz 1 BayBO wird die Unmittelbarkeit des Verteidigungszweckes für die bloße Mitteilungspflicht nicht gefordert. Daraus folgt, daß im Saarland und in Bayern auch die Anlagen, die der Landesverteidigung nur mittelbar dienen, wie z.B. Kasernen und Kasinos¹⁾, lediglich zur Kenntnis zu bringen sind. In Bayern sind darüber hinaus auch die Anlagen, die dem zivilen Bevölkerungsschutz sowie dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen, der zuständigen Behörde lediglich zur Kenntnis zu bringen. Das gilt aber auch hier nur für Staatsbauten, die unter der Leitung dafür ausgebildeter Beamten entworfen und überwacht werden, dagegen nicht für z.B. einen Luftschutzbunker, den ein Privater auf seinem Grundstück errichtet.

Die bloße Mitteilungspflicht für Vorhaben, die dem zivilen Bevölkerungsschutz oder dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen in Bayern, ist aus folgendem Grund bedenklich: Wegen § 29 Satz 1 BBauG dürften für diese Anlagen die §§ 30 bis 37 BBauG nicht gelten, da diese Vorschrift für die Anwendbarkeit des Bauplanungsrechts die Voraussetzung aufstellt, daß das Vorhaben mit Ausnahme von Verteidigungsanlagen einem landesrechtlichen Verfahren vor der Baupolizei unterliegen muß. Die Mitteilungs-

1) Vgl. dazu oben A V.

pflicht ist kein Verfahren im Sinne des § 29 Satz 1 BBauG, da die dort bezeichneten Verfahren eine Überprüfung des Baugesuches durch die Bauaufsicht voraussetzen. Daß der Bundesgesetzgeber diese Anlagen dem Städtebaurecht unterwerfen wollte, ist ausdrücklich in § 37 Abs. 2 BBauG angeordnet. Es kann daher nicht in der Kompetenz der Landesgesetzgeber liegen, durch Verfahrensfreistellungen Vorhaben dem Anwendungsbereich des BBauG zu entziehen, von denen der Bundesgesetzgeber deutlich zu erkennen gegeben hat, daß das Planungsrecht für sie gelten soll ¹⁾. Das folgt aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens, der auch als Schranke der Kompetenznormen verstanden wird ²⁾.

VI. Einschränkung des Kreises zustimmungsbedürftiger Vorhaben

Das Zustimmungsverfahren entfällt, wenn das Vorhaben von der Bauordnung selbst oder anderen Gesetzen verfahrensrechtlich freigestellt wird oder wenn Rechtsvorschriften anordnen, daß eine andere Genehmigung die Baugenehmigung in sich einschließt. Letzteres beruht darauf, daß die Baugenehmigungsbedürftigkeit Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Zustimmungsverfahrens ist.

Falls ein Planfeststellungsbeschluß die Baugenehmi-

-
- 1) Vgl. Schellhoss, Urteilsanmerkung, ZfBR 83, 40: Unter Hinweis auf ein unveröff. Urteil des VGH Mannheim v. 6.7.82 werden Bedenken dagegen geltendgemacht, daß ein Kernkraftwerk, das wegen § 89 Abs. 1 Nr. 15 LBO BW für nicht baugenehmigungspflichtig gehalten wurde und folglich auch nicht dem Planungsrecht unterfallen sollte.
 - 2) Vgl. zu den Verwaltungskompetenzen des Bundes aus Art. 87 Abs. 1 GG das "Fernseh"-U. des BVerfG v. 28.2.61 - 2 BvG 1,2/60 - E 12, 205 (249 f.)

gung ersetzt, was zu untersuchen sein wird, entfällt für planfeststellungspflichtige Vorhaben eines öffentlichen Bauherrn ebenfalls die Zustimmungspflicht.

1. Vorhaben, die nach anderen Rechtsvorschriften zumindest staatlicher Aufsicht unterliegen

Bis auf die Länder Baden-Württemberg, Hamburg und Niedersachsen haben die Bundesländer in ihren Bauordnungen bestimmte Anlagen, bei denen nach anderen Rechtsvorschriften eine Genehmigung, Erlaubnis, Anzeige oder staatliche Aufsicht erforderlich ist, vom bauaufsichtlichen Verfahren freigestellt ¹⁾. In Berlin sind unabhängig von einer etwaigen Genehmigungs-, Anzeige-, Erlaubnis- oder Aufsichtsbedürftigkeit nach anderen Gesetzen bestimmte Vorhaben vom bauaufsichtlichen Verfahren freigestellt, § 100 Abs. 1 BauOBl. In diesen Fällen muß also, soweit es sich um ein öffentliches Bauvorhaben handelt, das Zustimmungsverfahren nicht durchgeführt werden.

Um welche Anlagen es sich dabei handelt, ist von Bundesland zu Bundesland verschieden; im wesentlichen handelt es sich jedoch um Anlagen für das Fernmeldewesen, Versorgungs- und Abwasserleitungen, Wasserbauten, Anlagen des Bergbaues, Abfallbeseitigungsanlagen und Sprengstofflager. Zu diesen Anlagen zählen - außer in Berlin für die Betriebsanlagen der landeseigenen Verkehrsunternehmen - nicht Gebäude. Dazu ein Beispiel: Eine Anlage des Fernmeldewesens im Sinne des Bauordnungsrechts ist z.B.

1) Art. 87 BayBO, § 87 Abs. 2 BremLBO iVm § 1 Abs. 3 der Verordnung über die Freistellung baulicher Anlagen von der Baugenehmigungsbedürftigkeit und die Beschränkung der Überprüfung von Vorhaben v. 23.7.79, BremGBI. S. 317, § 98 BauONW, § 117 LBO RP, § 109 LBO S, § 106 LBO SH.

eine frei stehende Telefonzelle. Im Gegensatz zum bundesrechtlichen Begriff der Fernmeldeanlage (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 FernmG), gehört nach Landesrecht auch das die eigentliche Anlage schützende Gebäude mit dazu ¹⁾. Ein Gebäude ist die Zelle deshalb, weil sie eine selbständig benutzbare, überdachte bauliche Anlage ist, die von Menschen betreten werden kann und geeignet ist, deren Schutz und dem der Anlage zu dienen ²⁾. Diese Anlage wird regelmäßig vom Bund errichtet ³⁾, § 1 Abs. 1 Satz 1 FernmG, es handelt sich also um einen öffentlichen Bau im Sinne der Landesbauordnungen. Das Bauwerk unterläge der Zustimmungspflicht, wenn es genehmigungsbedürftig wäre. In Berlin entfällt Genehmigungs- und Zustimmungspflicht wegen § 100 Abs. 1 Nr. 3 BauOBl, Bauherr ist hier gemäß § 3 Abs. 3 des Gesetzes über die Verwaltung der Deutschen Bundespost ⁴⁾ das Land Berlin. In Bayern entfällt die Zustimmungspflicht für Anlagen des Fernmeldewesens, Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 BayBO. Das gilt aber dann nicht, wenn es sich, wie hier, um ein Gebäude handelt, Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 BayBO. Die Zustimmungspflicht entfällt aber auch in Bayern für Fernsprechkablen im Innenbereich deshalb, weil die Errichtung und Änderung einer solchen Zelle gemäß Art. 66 Abs. 1 Nr. 1 BayBO wegen der geringen Größe nicht genehmigungspflichtig ist. Die Frage, ob es sich bei einer Telefonzelle um einen Bestandteil der Fernmeldelinien im Sinne des § 1 TelwegG handelt und wegen der für eine solche Anlage erforderlichen Planfeststellung die Zustimmung bereits deshalb entfällt, wird noch zu beantworten sein ⁵⁾.

1) Z.B. Art. 87 Abs. 1 Nr. 2 BayBO.

2) Vgl. dazu die in den Bauordnungen übereinstimmende Definition des Gebäudes, z.B. § 2 Abs. 3 BauOBl.

3) Es ist auch eine Verleihung, d.h. Genehmigung möglich, so daß auch andere Bauherren denkbar sind, vgl. § 2 FernmG.

4) Vom 24.7.53, BGBl I S. 676, zuletzt geändert durch Gesetz v. 26.6.81, BGBl I S. 537.

5) Siehe A VI 3 b - gg.

2. Genehmigungen, die die Baugenehmigung enthalten

Wird in anderen Rechtsvorschriften erklärt, daß die nach den betreffenden Gesetzen erforderliche Genehmigung die Baugenehmigung ersetzt, gilt das auch für die Zustimmung, denn die Anwendbarkeit des Zustimmungsverfahrens setzt die Genehmigungsbedürftigkeit des Bauvorhabens voraus ¹⁾.

a) Erlaubnisse aufgrund der Rechtsverordnungen zu § 24 GewO

Grundsätzlich ist neben einer gewerberechtlichen Erlaubnis für die betriebliche Anlage die Baugenehmigung erforderlich, wenn es sich um eine bauliche Anlage handelt, denn die gewerberechtlichen Vorschriften ordnen eine Konzentrationswirkung nicht an. In Bayern, Berlin, Bremen, Nordrhein-Westfalen dem Saarland und in Schleswig-Holstein bestimmen die Bauordnungen ²⁾, daß die Erlaubnis nach den aufgrund des § 24 GewO erlassenen Rechtsvorschriften die Baugenehmigung ersetzt; folglich entfällt in diesen Bundesländern die Zustimmungspflicht, wenn es sich um das Vorhaben eines öffentlichen Bauherrn handelt.

Aufgrund des § 24 GewO sind zahlreiche Verordnungen ergangen ³⁾, die wichtigsten sind die Dampfkesselverordnung ⁴⁾,

1) Z.B. § 99 Abs. 1 Satz 1 BauOBl.

2) § 80 Abs. 3 BauOBl., § 87 Abs. 5 BremLBO, § 80 Abs. 3 BauONW, § 87 Abs. 2 LBO S., § 89 Abs. 3 Satz 1 LBO SH, Art. 87 Abs. 1 Nr. 6 BayBO.

3) Vgl. die Zusammenstellung zu § 24 GewO im Sartorius I, Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 800.

4) Vom 27.2.80, BGBl I S. 173.

die Verordnung über Aufzugsanlagen ¹⁾, die Druckbehälter- ²⁾ und Azetylenverordnung ³⁾. Da sie alle ein vergleichbares System aufweisen, sollen die Vorschriften am Beispiel der Dampfkesselverordnung erläutert werden.

Erlaubnispflichtig nach dieser Verordnung sind - soweit bauliche Maßnahmen betroffen sind - Errichtung (§ 10 Abs. 1 DampfkV) und wesentliche Änderung (§ 13 Abs. 1 iVm § 10 DampfkV) einer Dampfkesselanlage. Zu einer solchen Anlagen gehören neben dem Dampfkessel die in § 2 Abs. 4 der Verordnung angeführten Einrichtungen, das sind im wesentlichen die Feuerungsanlage, der Schornstein und der Kessel-aufstellungsraum.

Einschränkungen des Anwendungsbereiches der Verordnung ergeben sich aus § 1 Abs. 2 bis 5 DampfkV. Danach fallen, soweit die Dampfkesselanlagen als bauliche Anlagen in Betracht kommen, nicht unter den Geltungsbereich der Verordnung die Anlagen, die weder gewerblich noch wirtschaftlich genutzt werden oder in deren Gefahrenbereich keine Arbeitnehmer beschäftigt werden (§ 1 Abs. 2 DampfkV), Anlagen der Deutschen Bundesbahn (§§ 41 BbG, 24 Abs. 2 GewO, 1 Abs. 3 Nr. 1 DampfkV), der Bundeswehr (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 DampfkV), Unternehmen des Bergwesens (§ 1 Abs. 3 Nr. 5 DampfkV). Eine Freistellung von der Erlaubnispflicht enthält § 10 Abs. 7 DampfkV für die Anlagen der Deutschen Bundespost, der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes und der Bundeswehr. Ebenfalls erlaubnisfrei sind unwesentliche Änderungen einer Dampfkesselanlage und ihr Abriß, das ergibt sich aus einem Gegenschuß zu den §§ 13 Abs. 1, 10 Abs. 1 DampfkV

1) Vom 27.2.80, BGBl I S. 173; 205.

2) Vom 27.2.80, BGBl I S. 173; 184.

3) Vom 27.2.80, BGBl I S. 173, 220.

Bei diesen nicht unter den materiell- bzw. verfahrensrechtlichen Anwendungsbereich der Ver-ordnung bleibt es bei der Zustimmungspflicht, soweit es sich dabei um bauliche Anlagen des Bundes oder der Länder handelt, es sei denn, die Zustimmungsbedürftigkeit entfällt aus einem anderen Grunde. Das ist z.B. für eine bauliche Dampfkesselanlage der Deutschen Bundesbahn, die dem Eisenbahnbetrieb dient, wegen § 38 Satz 2 BbG der Fall ¹⁾.

In den Ländern, deren Bauordnungen die Ersetzungswirkung der Erlaubnisse aufgrund § 24 GewO nicht anordnen, ist für die baulichen Dampfkesselanlagen die Baugenehmigung oder die Zustimmung erforderlich ²⁾, also in Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz.

b) Genehmigung nach § 17 SprengG

Die Genehmigung nach § 17 SprengG schließt andere behördliche Entscheidungen, insbesondere Entscheidungen aufgrund baurechtlicher Vorschriften mit ein, § 17 Abs. 1 Satz 2 SprengG. Die Bauordnung von Berlin wiederholt diese Regelung in § 80 Abs. 3 BauOBl.

Soweit bauliche Maßnahmen getroffen sind, ist die Genehmigung nach dem SprengG erforderlich für die Errichtung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SprengG) und wesentliche Änderung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SprengG) eines Lagers, in dem explosionsgefährliche Stoffe im Rahmen einer wirtschaftlichen Unternehmung oder

1) Dazu oben, A VI 3 b - aa.

2) Zur Baugenehmigung: Meyer in: Landmann-Rohmer, Komm. GewO, Rdnr. 11 zur Einf.DampfKV; a.A. (Ersetzungswirkung): Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 40.6 a, S. 242.

eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes oder bei der Beschäftigung von Arbeitnehmern aufbewahrt werden sollen. Genehmigungs- bzw. zustimmungsbedürftig bleiben also der Abriß und die unwesentliche Änderung eines Sprengstofflagers.

Die Bauordnungen ¹⁾ von Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, dem Saarland und Schleswig-Holstein ordnen an, daß für Sprengstofflager mit Ausnahme von Gebäuden, soweit dafür nach anderen Rechtsvorschriften eine Genehmigung, Erlaubnis, Anzeige oder staatliche Aufsicht erforderlich ist, ein bauaufsichtliches Verfahren nicht stattfindet; § 100 Abs. 1 Nr. 5 BauOBl n läßt die Genehmigungs- oder Zustimmungspflicht auch ohne anderweitige Erlaubnis oder Aufsicht für diese Vorhaben entfallen. Über die Ersetzungswirkung des § 17 SprengG hinausgehend, lassen die genannten Vorschriften für unwesentliche Änderungen eines Sprengstofflagers und dessen Abriß Genehmigung oder Zustimmung entfallen. Enger als die von § 17 SprengG angeordnete Ersetzungswirkung und daher möglicherweise wegen Art. 31 GG in diesem Teil unbeachtlich, sind die Regelungen hinsichtlich der Sprengstofflager in Form von Gebäuden. Das setzt aber voraus, daß der bundesrechtliche Begriff des Sprengstofflagers Gebäude überhaupt umfaßt. Das SprengG nennt in § 17 Abs. 4 "Schränklager"; wegen der Formulierung "insbesondere" Schränklager, ist der Vorschrift zu entnehmen, daß dies nicht die einzige mögliche Form des geschützten Lagerens ist. Jede bauliche Anlage, die selbständig benutzbar und überdacht ist, von Menschen betreten

1) Art. 87 Abs. 1 Nr. 3 BayBO, § 98 Abs. 1 Nr. 4 BauONW, § 117 Abs. 1 Nr. 8 LBO RP, § 109 Nr. 4 LBO S und § 106 Nr. 4 LBO SH.

werden kann und dem Schutz des Sprengstofflagers dient, fällt unter die Definition des Gebäudes der Landesbauordnungen ¹⁾. Die Position 2.4 des Anhanges zu § 2 der Zweiten Verordnung zum Sprengstoffgesetz ²⁾ nennt ausdrücklich "Lagergebäude" als ortsfeste Sprengstofflager. Folglich sind die landesrechtlichen Vorschriften, soweit sie eine Konzentrationswirkung im Widerspruch zu § 17 SprengG für Gebäude ausschließen, wegen Art. 31 GG unbeachtlich.

Für die meisten Sprengstofflager, die als öffentliche Bauten in Betracht kommen, gilt das SprengG nicht, nämlich für Lager der Bundeswehr, der Vollzugspolizei des Bundes und der Länder, des Zollgrenzdienstes sowie der für die Kampfmittelbeseitigung zuständigen Stellen der Länder, § 1 Abs. 4 Nr. 1 SprengG. Die Genehmigungspflicht nach § 17 SprengG würde aber bestehen für ein Sprengstofflager des Technischen Hilfswerkes, einer nicht rechtsfähigen Anstalt des Bundes ³⁾, wenn in seinem Gefahrenbereich Arbeitnehmer beschäftigt werden. Die Genehmigung würde nur die Errichtung und wesentliche Änderung des Lagers erfassen, unwesentliche Änderungen und der Abriß blieben zustimmungspflichtig; letzteres würde - mit Ausnahme von Gebäude - nicht in den genannten Bundesländern gelten, deren Bauordnungen eine über § 17 SprengG hinausgehende Ersetzungswirkung anordnen.

c) Genehmigungen nach §§ 4, 19 BImSchG

Die Genehmigung nach § 4 BImSchG schließt andere

1) Z.B. § 2 Abs. 3 BauOBl.

2) Vom 23.11.77, BGBl I S. 2189, ber. BGBl I 1978, S. 590.

3) Erlaß vom 25.8.53, GMBI S. 507.

die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein; ausgenommen von der Konzentrationswirkung der Genehmigung sind zwar u.a. "Zustimmungen", § 13 Satz 1 BImSchG; damit ist aber nicht die Zustimmung zu einem öffentlichen Bauvorhaben gemeint, denn nach allgemeiner Auffassung erstreckt sich die Konzentrationswirkung der Genehmigung nach dem BImSchG auch auf die Baugenehmigung ¹⁾, erfaßt also auch die bauaufsichtliche Zustimmung. Mit der Zustimmung in § 13 Satz 1 BImSchG sind die Mitwirkungsakte gemeint, durch die andere Behörden ihr Einvernehmen zu einer bestimmten Verwaltungsmaßnahme erklären ²⁾. Die Bauordnungen ³⁾ von Berlin, Bremen und dem Saarland schreiben die Ersetzung der Baugenehmigung durch die Genehmigung nach dem BImSchG deklaratorisch vor.

Bauliche Anlagen im Sinne des BImSchG sind gemäß § 3 Abs. 5 Nr. 1 Betriebsstätten und ortsfeste Einrichtungen sowie Grundstücke, auf denen Stoffe gelagert oder abgelagert oder Arbeiten durchgeführt werden können, von denen Emissionen ausgehen können. Diese Grundstücke sind zwar keine baulichen Anlagen, werden aber von den Bauordnungen als solche behandelt ⁴⁾. Die aufgrund der Ermächtigung in § 4 Abs. 1 Satz 3 BImSchG ergangene Rechtsverordnung, die Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionschutzgesetzes ⁵⁾ enthält in § 2 eine abschließende

1) Ule, Komm. BImSchG, § 13, Rdnr. 2 mwN.

2) Ule, aaO, Rdnr. 5.

3) § 80 Abs. 3 BauOBl, § 87 Abs. 5 BremLBO, § 87 Abs. 3 LBO S.

4) Z.B. § 2 Abs. 2 Satz 3 BauOBl.

5) Vom 11.2.75, BGBl I S. 499, ber. S. 727, geändert durch VO v. 27.6.80, BGBl I, S. 772.

Aufzählung aller genehmigungsbedürftiger Anlagen ¹⁾.

Zu den angeführten Anlagen gehören auch die Nebenanlagen; das sind alle die, die notwendige Bestandteile der Hauptanlage sind ²⁾. Für die in § 4 der Verordnung genannten Anlagen ist das vereinfachte Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG durchzuführen. Auch diese Genehmigung ersetzt heute ³⁾ die Baugenehmigung oder Zustimmung, da sie an der von § 13 BImSchG angeordneten Konzentrationswirkung teilnimmt.

Die Genehmigungspflicht nach dem BImSchG - soweit es sich dabei um bauliche Maßnahmen handelt - betrifft Errichtung (§ 4 Abs. 1 BImSchG) und wesentliche Änderung (§ 15 Abs. 1 Satz 1 BImSchG) einer Anlage. Da unwesentliche Änderungen und der Abriß nicht genehmigungspflichtig sind, bleibt es für diese Vorhaben bei der Baugenehmigung bzw. Zustimmung. In erster Linie erfaßt das BImSchG Anlagen, die gewerblichen Zwecken dienen, § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG. Da der Staat als Gewerbetreibender nur selten öffentlicher Bauherr im Sinne des Landesbauordnungsrecht ist ⁴⁾, sind die Fälle selten, in denen eine Genehmigung nach dem BImSchG die Zustimmung ersetzt. Allein in § 4 Nr. 40 der Vierten BImSchV findet sich eine Regelung, die eine Aussage über ein Vorhaben enthält, dessen Ausführung einem öffentlichen Bauherrn vorbehalten ist. Der Vorschrift ist zu entnehmen, daß der Landesverteidigung dienende Schießstände und -plätze nicht genehmigungspflichtig sind.

1) Ule, Komm. BImSchG, § 4, Rdnr. 6.

2) Ule, aaO, Rdnr. 6 a.

3) § 19 Abs. 2 BImSchG idF von Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des AbfG vom 4.3.82, BGBl I S. 281.

4) Dazu oben, A II 1 d - aa.

d) Genehmigung nach § 7 AtG

Die Bauordnungen ¹⁾ von Berlin, Bremen, Nordrhein-Westfalen, dem Saarland und Schleswig-Holstein lassen die Baugenehmigung entfallen, wenn das Vorhaben nach § 7 AtG genehmigungspflichtig ist.

Genehmigungspflichtig nach § 7 AtG Abs. 1 und 3 BImSchG sind - soweit bauliche Maßnahmen betroffen - die Errichtung, wesentliche Änderung und der Abbau der Anlage oder von Anlageteilen zur Erzeugung, Bearbeitung, Verarbeitung, Spaltung von Kernbrennstoffen oder zur Aufarbeitung bestrahlter Kernbrennstoffe. Dabei handelt es sich nicht um Kernanlagen gemäß Abs. 1 Nr. 2 der Anlage 1 zum AtG, denn die dort genannten Begriffsbestimmungen gelten nur für die Anwendung der Vorschriften über Haftung und Deckung, § 2 Abs. 3 AtG ²⁾. Bei den für die Nutzung der Kernenergie maßgeblichen Anlagen im Sinne des § 7 AtG handelt es sich um Reaktoren, Isotopentrennanlagen, Wiederaufbereitungsanlagen ³⁾ und Brennelementfabriken ⁴⁾.

Bauherr solcher Anlagen kann jedermann sein, wie § 7 AtG zeigt, also kommen auch der Bund und die Länder als Bauherren in Betracht. Bisher sind Anlagen im Sinne des § 7 AtG jedoch nur von Gesellschaften des privaten Rechts errichtet worden, an denen der Staat lediglich beteiligt ist. Solche Rechtspersonlichkeiten genießen das Sonderrecht für öffentliche Bauten in Einzelfällen nur in Schleswig-Holstein, § 105 LBO SH ⁵⁾.

-
- 1) § 80 Abs. 3 BauOBl, § 87 Abs. 5 BremLBO, § 80 Abs. 3 BauONW, § 87 Abs. 2 LBO S, § 89 Abs. 3 Datz 1 LBO SH.
 - 2) Haedrich in: Dtsch.Bundesrecht, E III 50, Erl. 2 zu § 7 AtG.
 - 3) Begründung des Regierungs-Entw. zum AtG, BT Drs. 3/759, S. 22 f.
 - 4) Haedrich, aaO, Erl. 2 zu § 7 AtG.
 - 5) Dazu oben A II 3 e.

Schwierigkeiten macht die Beantwortung der Frage, welche Teile der Anlage außer dem nuklearen Teil Gegenstand der Genehmigung nach § 7 AtG sind. Davon hängt es ab, für welche Anlagenteile die Baugenehmigung oder Zustimmung in den genannten Bundesländern entbehrlich ist. Daß nicht nur der nukleare, sondern auch andere Teile der Gesamtanlagen der Genehmigungspflicht nach § 7 AtG unterfallen, zeigt § 8 AtG. Dessen Abs. 1 erklärt die Vorschriften des BImSchG auf nach § 7 genehmigungspflichtige Anlagen für nicht anwendbar, soweit es sich um den Schutz vor den Gefahren der Kernenergie oder der schädlichen Wirkung ionisierender Strahlen handelt. Die Regelung zeigt, daß AtG und BImSchG in einem Verhältnis der Spezialität zueinander stehen. Absatz 2 des § 8 AtG hält es für möglich, daß eine Anlage, die nach § 7 AtG genehmigungsbedürftig ist, auch nach § 4 BImSchG genehmigungsbedürftig sein kann. Folglich muß das AtG davon ausgehen, daß der Genehmigungspflicht nach § 7 AtG auch solche Anlagenteile unterliegen, die lediglich im Zusammenhang zu dem nuklearen Teil stehen. Über die Enge des Zusammenhangs zwischen nuklearem und nicht nuklearen Teilen, die dann zur Genehmigungspflicht nach § 7 AtG der letztgenannten führt, ist der Vorschrift aber nichts zu entnehmen. Wegen dieser Unsicherheit wird der Anlagenbegriff teilweise weit ¹⁾, teilweise eng ²⁾ aufgefaßt. Da der Meinungsstreit aber

-
- 1) VGH BW, U.v. 30.3.82 - X 575 usw./77 - NVwZ 83, 46 ff.; VGH BW, B.v.8.10.75 - X 351/75 - DVBl 76, 538 (545); BayVGH, U.v.9.4.79 - Nr. 176 VI 77 - DVBl 79, 673 (677); Haedrich in: Deutsches Bundesrecht, E III 50, Erl. 2 zu § 7 AtG; Winters, Atom- und Strahlenschutzrecht, Einführung, S. 21; Hansmann, NVwZ 83, 16 (18 li. Sp.).
- 2) Lukes/Vollmer, Grundprobleme, S. 22; Sternberg, 5.Dtsch.Atomrechtssymposion, S. 49, 52 ff.

im wesentlichen nur darüber geführt wird, ob der Kühlturm unter die Genehmigungspflicht nach § 7 AtG fällt ¹⁾, braucht im Zusammenhang mit öffentlichen Bauten nicht entschieden zu werden, welche der Auffassungen vorzugswürdig ist. Hier interessiert allein, ob die Zustimmung durch eine andere Genehmigung ersetzt wird. Der Kühlturm unterliegt aber, wenn nicht der Genehmigung nach § 7 AtG, auf jeden Fall der nach § 4 BImSchG. Das ergibt sich aus § 2 Nr. 1 der 4. BImSchV. Diese Genehmigung ersetzt wegen § 13 BImSchG die Baugenehmigung und folglich auch die Zustimmung.

In den Bundesländern, in denen die Genehmigung nach § 7 AtG die Baugenehmigung bzw. Zustimmung nicht enthält, also in Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz, soll der Bescheid nach § 7 AtG den Hinweis enthalten, daß neben der Genehmigung nach § 7 AtG u.a. die Baugenehmigung einzuholen ist; das ergibt sich aus § 16 Abs. 2 Nr. 1 der Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach § 7 AtG ²⁾, es sei denn, das Anlagenteil ist gleichzeitig nach § 4 BImSchG genehmigungspflichtig, dann wird die Baugenehmigung oder die Zustimmung von der Genehmigung nach dem BImSchG ersetzt, § 13 BImSchG.

Unwesentliche Änderungen einer nach § 7 AtG genehmigungspflichtigen Anlage sind nicht genehmigungspflichtig nach dem AtG, für sie muß die Baugenehmigung oder Zustimmung beantragt werden. Gleiches gilt für Anlagen, die nicht unter die Genehmigungspflicht nach § 7 AtG fallen, weil der spezifische Zusammenhang zum nuklearen Teil fehlt, wie z.B. bei einem Verwaltungs- oder Bürogebäude.

1) Vgl. Haedrich in: Deutsches Bundesrecht, E III 50, Erl. 2 zu § 7 AtG; Hansmann, NVwZ 83, 16 re. Sp.; Rengeling, JZ 77, 542 (543 li. Sp.); Winters, Atom-u.Strahlenschutzrecht, Einf., S. 21; Sternberg, 5.Dtsch.Atomrechtssymposium, S. 49, 52 ff.

2) IdF der Bekanntmachung v. 31.3.32, BGBI I S.411.

3. Planfeststellungen, Plangenehmigungen und verfahrenrechtliche Freistellungen

Die Fachplanungsgesetze schreiben für die Errichtung und Änderung der von ihnen behandelten Anlagen die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens vor. In manchen dieser Gesetze findet sich die Regelung, daß der Planfeststellungsbeschluß andere behördliche Genehmigungen ersetzt; in anderen Gesetzen ist diese Wirkung für bestimmte Genehmigungen ausgeschlossen. Wo Regelungen fehlen, gelten gemäß § 1 Abs. 1 2 VwVfG des Bundes die Vorschriften dieses Gesetzes für die Planfeststellung aufgrund Bundesrechts, in dem eine Konzentrationswirkung angeordnet wird. Es ist zu untersuchen, ob diese Wirkung auch die Baugenehmigung bzw. die Zustimmung zu einem öffentlichen Bauvorhaben erfaßt.

Für regelmäßig unbedeutendere Änderungen an vorhandenen baulichen Anlagen sehen die meisten Fachplanungsgesetze vor, daß auf die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens verzichtet werden kann oder eine Plangenehmigung ergeht. Entscheidet die Behörde auf diese Weise, so ist die Wirkung dieser Entscheidung auf das Baugenehmigungs- bzw. Zustimmungserfordernis zu untersuchen.

Schließlich enthalten die §§ 38 Satz 2 BbG, 11 Abs. 3 VersuchsanlG, 4 Satz 2 FStrG und 48 Satz 2 WaStrG weitgehende verfahrenrechtliche Freistellungen, aus denen sich eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereiches des Zustimmungsverfahrens ergeben könnte.

Auf die Frage, ob die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses auch die Baugenehmigung und damit die Zustimmung erfaßt, soll abstrakt eingegangen werden; ob die Plangenehmigung die Baugenehmigung ersetzt, wird bei dem Fachplanungsgesetzen erörtert, die sie vorsehen; gleiches gilt für die Bedeutung der Freistellung.

a) Konzentrationswirkung der Planfeststellung in
Sinn auf die Baugenehmigung und Zustimmung

Wurde in der Fachplanungsgesetzen entsprechende
Regelungen fehlen, wendet § 75 Abs. 1 Satz 1
iVm § 72 VwVG des Bundes für Fachplanungen durch
die Bundesverwaltung vor, daß neben der Planfest-
stellung andere verbindliche Entscheidungen, insbe-
sondere öffentl. rechtliche Genehmigungen ¹⁾ nicht
erforderlich sind.

Entsprechendes gilt für Planfeststellungen auf-
grund Landesrecht; alle Bundesländer haben in ihren
Verwaltungsverfahrensgesetzen die Ersetzung aller
auf Landesrecht beruhenden Genehmigungen ²⁾, zu denen
auch die Baugenehmigung gehört, angeordnet.

Nach überwiegender Auffassung ersetzt der Planfest-
stellungswegweis die Baugenehmigung ³⁾; das würde
dann auch für die Zustimmung gelten, da die Zustim-
mungsbedürftigkeit eines Vorhabens davon abhängt,
ob es Baugenehmigungsbedürftig ist. Es gibt aber
auch eine Gegenansicht, nach der neben dem Planfest-
stellungsverfahren das Baugenehmigungsverfahren durch-
zuführen ist ⁴⁾.

-
- 1) Die "Zustimmungen" in der Vorschrift bedeuten in-
terne Mitwirkungsakte anderer Behörden, wie z.B.
in § 36 BBauG.
 - 2) Art. 75 Abs. 1 Satz 1 BayVwVfG; § 75 Abs. 1 Satz 1
jeweils des VwVfG von BW, Bremen, Hamburg, Hessen,
NW, PP und dem Saarland; § 1 VwVfG Berlin iVm § 75
Abs. 1 Satz 1 VwVfG des Bundes; § 1 Abs. 1 Satz 1
nlds. VwVfG iVm § 75 Abs. 1 Satz 1 VwVfG des Bundes;
§ 142 Abs. 1 Satz 1 LandesverwG SH.
 - 3) Ortloff in: Finkelnberg/Ortloff, Öff. Baurecht, § 40.6,
S. 242; vgl. Stelkens/Bonk/Moosmatt, Komm. VwVfG,
§ 75, Rdnr. 6, S. 646; Simon, Komm. BayBauG, Art. 86,
Rdnr. 3; Koch in: Koch/Molodowary, Komm. BayBauG, Art.
82, Anm. 4.1; Koch in: Heister, Eisenbahnen, § 75
b, S. 162; Procm, DVBl 69, 290 (291).
 - 4) Wolff/Bachof, VerwR III, § 156, Rdnr. 124, S. 364;
der Entwurf des VwVfG des Bundes nahm in § 61 Abs. 1
Satz 1 die Baugenehmigung von der Ersetzungswirkung
der Planfeststellung aus.

Die historische Entwicklung spricht für die letztgenannte Auffassung. Der Ursprung der Planfeststellungsvorschriften wird in § 4 des Preußischen Gesetzes über die Eisenbahnunternehmen vom 3. November 1838 ¹⁾ gesehen ²⁾. Der Vorschrift in Verbindung mit § 158 des preußisches Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 ³⁾ und § 385 des preußischen Wassergesetzes vom 7. April 1913 ⁴⁾ entnahm man eine Zuständigkeitskonzentration, obwohl der Wortlaut des § 4 des Preußischen Eisenbahngesetzes mehr darauf hindeutet, daß in ihm die Voraussetzungen für eine Art Gewerbeerlaubnis enthalten waren: Die Genehmigung der Bahnlinie in ihrer vollständigen Durchführung durch alle Zwischenpunkte war dem Handelsministerium vorbehalten, die Konstruktion sowohl der Strecke als auch der Fahrzeuge war an die Genehmigung gebunden, die Voraussetzungen der Genehmigung hatte der Eisenbahnunternehmer auf seine Kosten zu schaffen. Die beiden anderen preußischen Vorschriften bestimmten, daß die Zuständigkeit der Behörden nach dem Gesetz über die Eisenbahnunternehmen unberührt blieben.

Während der Geltung des Preußischen Gesetzes über die Eisenbahnunternehmen war streitig, ob für Hochbauten, für die das Verfahren nach § 4 durchgeführt worden war, zusätzlich ein baupolizeilicher Konsens erforderlich war oder nicht ⁵⁾. Das Preußische

1) PrGS S. 505

2) Vgl. dazu Blümel, Bauplanfeststellung I, S. 85 mwN; Kodal, Straßenrecht, S. 47 mwN; Meyer, Diss., S. 4; Manner, Diss., S. 9; Fickert, Inhalt und Rechtswirkungen, S. 384 (386).

3) PrGS S. 237.

4) PrGS S. 53.

5) Vgl. Eger, Eisenbahnrecht, S. 101; bejahend: Born, Preuß.Baupolizeirecht, S. 48.

Oberverwaltungsgericht hat diese Frage bejaht ¹⁾.

Durch den Übergang der Gesetzgebungskompetenz für die Eisenbahnen auf das Reich durch das verfassungsändernde Reichsbahngesetz vom 30. August 1924 ²⁾ hat sich nach Auffassung des Reichsgerichts der Umfang der staatlichen Hoheitsrechte im Eisenbahnwesen nicht geändert ³⁾, sie wurden nur anstelle der Länder vom Reich ausgeübt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entspricht die Planungshoheit des Bundes bezüglich der Bundesbahn der des Reiches bezüglich der Reichsbahn ⁴⁾. Demnach hätte sich der Umfang der Hoheitsrechte bei der Planfeststellung gegenüber den Verhältnissen in Preußen nicht geändert. Das würde bedeuten, daß auch heute durch die Planfeststellung für die Bundesbahnanlagen die Baugenehmigung nicht überflüssig wird. Dies wäre übertragbar auf die Planfeststellungen nach anderen Gesetzen, wenn die Wurzel dieses Verfahrens im Eisenbahnrecht gesehen wird.

Die überwiegende Auffassung, die eine Ersetzung der Baugenehmigung durch den Planfeststellungsbeschluß annimmt, kann sich auf eine Entscheidung des Reichsgerichts berufen. Das Gericht vertrat zum Planfeststellungsrecht nach § 37 des Reichsbahngesetzes die Auffassung, daß neben der Planfeststellung für die Reichsbahnanlagen eine Baugenehmigung nicht erforderlich sei ⁵⁾. Reichsbahnanlagen waren nur die Anlagen, die dem Betrieb der Bahn dienten, nicht die sonstigen baulichen Anlagen der Deutschen Reichsbahn. Da der Entscheidung wegen

1) U.v. 5.9.1878 - Rep. II B 39/78 - E 5, 324 (340);
U.v. 11.5.1909 - I A 157/08 - E 54, 454 (457).

2) RGBI II S. 272.

3) B.v. 17.12.32 - V Tgb 4/32 - RGZ 139, 136 (147).

4) B.v. 15.7.69 - 2 BvF 1/64 - E 26, 338 (374).

5) B.v. 17.12.32 - V Tgb 4/32 - RGZ 139, 136 (147 ff).

Art. 13 Abs. 2 WRV iVm § 3 Abs. 2 des Reichsgesetzes zur Ausführung des Art. 13 Abs. 2 der Reichsverfassung vom 8. April 1920 ¹⁾ Gesetzeskraft zukam, war zumindest von diesem Zeitpunkt an eine Baugenehmigung neben der Planfeststellung nach dem Reichsbahngesetz entbehrlich. Im Tenor der Entscheidung heißt es auszugsweise: "Die Bestimmungen der §§ 142 und 143 der badischen Landesbauordnung sind insoweit mit dem Reichsrecht vereinbar, als sie eine Baugenehmigung für solche Bauten der Deutschen Reichsbahngesellschaft für notwendig erklären, die nicht zu den Reichsbahnanlagen im Sinne des § 37 des Reichsbahngesetzes gehören" ²⁾. Diese Auffassung erscheint vorzugswürdig, denn würde man eine Baugenehmigung für die Anlagen verlangen, über deren Zulässigkeit bereits im Rahmen einer Planfeststellung entschieden worden ist, könnte diese verweigert werden, was zur Folge hätte, daß das geplante Vorhaben nicht ausgeführt werden könnte. Daher würde die Verpflichtung, für die einer Planfeststellung aufgrund Bundesgesetz unterliegenden Vorhaben zusätzlich das Baugenehmigungsverfahren durchzuführen, die Planungshoheit des Bundes beeinträchtigen. Um das zu vermeiden, wird es als zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes gehörend angesehen, in die Ersetzungswirkung der Planfeststellung auch solche Regelungsbereiche einzubeziehen, die allein dem Landesrecht unterliegen ³⁾, wie das bei der Baugenehmigung der Fall ist. Ersetzt der Planfeststellungsbeschluß die Baugenehmigung, gilt entsprechendes für die Zustimmung zu einem öffentlichen Bauvorhaben.

1) RGBl I S. 510

2) RG, B.v. 17.12.32 - V TgB 4/32 - RGZ 139, 136 (137).

3) BVerwG, U.v. 9.3.79 - 4 C 41.75 - E 57, 297 (300 f.)

b) Planfeststellungspflichtige Vorhaben des Bundesrechts

Die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens ist vorgeschrieben für die Errichtung und Änderung der Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn (§ 36 Abs. 1 BbG), Versuchsanlagen zur Erprobung von Techniken für den spurgeführten Verkehr (§ 2 Abs. 1 VersuchsanlG), Flughäfen und Landeplätze mit beschränktem Bauschutzbereich (§ 8 Abs. 1 LuftVG), Telegrafennetze (§ 7 Abs. 1 Satz 1 TelwegG), Fernstraßen des Bundes (§ 17 Abs. 1 FStrG), Straßenbahnen (§ 28 Abs. 1 PBefG), Obussen (§ 41 Abs. 1 iVm § 28 Abs. 1 PBefG), gemeinschaftliche Anlagen im Zusammenhang mit der Flurbereinigung (§ 41 Abs. 1, 4 FlurbG), für die Errichtung und wesentliche Änderung von Anlagen des Bundes zur Sicherstellung und Endlagerung radioaktiver Abfälle (§ 9 b Abs. 1 iVm § 9 a Abs. 3 AtG), ortsfester Abfallbeseitigungsanlagen (§ 7 Abs. 1 AbfG), den Aus- und Neubau von Bundeswasserstraßen (§ 14 Abs. 1 Satz 1 WaStrG), den Ausbau eines Gewässers sowie von Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluß beeinflussen (§ 31 Abs. 1 WHG). Soweit diese Vorhaben einschließlich notwendiger Folgemaßnahmen an anderen Anlagen ¹⁾ baugenehmigungspflichtig sind, ersetzt der Planfeststellungsbeschluß die Baugenehmigung oder, wenn der Staat Bauherr ist, die Zustimmung.

aa) Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn

Das Planfeststellungsverfahren ist vorgeschrieben für die Errichtung und Änderung der Betriebsanlagen

1) § 75 Abs. 1 Satz 1 VwVfG des Bundes bzw. entsprechendes Landesrecht, wenn das Fachplanungsgesetz zu der Frage der Folgemaßnahmen schweigt.

der Deutschen Bundesbahn, § 36 Abs. 1 BbG.

Als Bauherr der Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn kommt ausschließlich der Bund in Betracht; das ergibt sich aus § 1 BbG; Maßnahmen die solche Anlagen betreffen, sind öffentliche Bauvorhaben. Ist die Maßnahme nach § 36 BbG planfeststellungspflichtig, ersetzt dieses Verfahren die Durchführung des Zustimmungsverfahrens.

Daß es sich bei den Betriebsanlagen ausschließlich um Anlagen handeln muß, die dem Verkehrszweck der Bahn dienen, zeigt ein Vergleich der §§ 36, 38 BbG mit § 4 BbG; letzterer geht von einem umfassenden Betriebsbegriff aus, der auch wirtschaftliche Gesichtspunkte einschließt ¹⁾. Da es sich bei den Betriebsanlagen um Verkehrsanlagen handelt, könnte man meinen, sei die Feststellung, welche Anlagen das im einzelnen sind, überflüssig, denn auf Verkehrsanlagen sind die Bauordnungen regelmäßig nicht anwendbar ²⁾, so daß die Zustimmungsbedürftigkeit von vornherein entfielen. Das setzt aber voraus, daß der Begriff der Betriebsanlage des BbG mit dem der Verkehrsanlage des Landesrechts identisch ist. Da der Grund für die Herausnahme der Verkehrsanlagen aus dem Anwendungsbereich der Bauordnungen in der Annahme gesehen wird, für diese Anlage bestehe spezielles Bauordnungsrecht ³⁾, ist davon auszugehen, daß die Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn Verkehrsanlagen im Sinne des Bauordnungsrechts sind.

Auf Verkehrsanlagen, die Gebäude sind, erklären

1) Vgl. zu dieser Frage auch OVG Lüneburg, U.v.21.5.80 - 6 OVG A 86/78 - ZfBR 80,302 li.Sp.; Hamann, DVBl 61, 394 (396 f.).

2) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO, vgl. auch oben A II 1 a.

3) Koch in: Domnig/Koch, Komm.LBO SH, Erl. § 1, Anm.1; Sauter/Holch/Kiess/Imig, Komm.LBO BW, § 1 Anm.5; Koch/Molodovsky, Komm.BayBO, Art. 1, Rdnr. 3; wohl auch Schlez, Komm. LBO BW, § 1, Rdnr. 6,7.

die Bauordnungen sich jedoch für anwendbar ¹⁾, daher stellt sich die Frage, ob ein Gebäude Betriebsanlage der Deutschen Bundesbahn sein kann, also die Begriffe Betriebsanlage und Verkehrsanlage des Landesrechts auch in diesem Punkt übereinstimmen. Entsprechendes gilt für Überbrückungen und Stützmauern, die das Landesrecht, selbst wenn es sich um Verkehrsanlagen handelt, teilweise ²⁾ dem Bauordnungsrecht unterwirft.

Der Inhalt des Begriffes der Betriebsanlage der Deutschen Bundesbahn läßt sich möglicherweise aus den Vorschriften der den Bau und Betrieb von Eisenbahnen regelnden EBO erschließen. Diese auf der Ermächtigung in § 3 Abs. 1 AEG beruhende Rechtsverordnung enthält in den §§ 5 bis 16 Vorschriften über Gleisanlagen, Bahnsteige, Rampen, Fahrzeughallen, Bauwerke, Bahnübergänge, Andreaskreuze, Drehkreuze, Schranken, Signaltafeln, Bahnhofsnamen, Wasserkräne und Fernmeldeanlagen. Verkehrsgebäude allgemein werden nicht genannt, aber die erwähnten Fahrzeughallen wären eine besondere Gebäudeart. Die Aufzählung der Betriebsanlagen in der EBO ist jedoch nicht erschöpfend, denn § 4 Abs. 1 Satz 1 EBO bezeichnet als "Bahnanlagen" "alle zum Betrieb einer Eisenbahn erforderlichen Anlagen".

Die Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbahn hat eine Richtlinie erlassen, in der als "Betriebsanlagen", die der Planfeststellung unterliegen, "alle Grundstücke, Bauten und sonstigen ortsfesten

-
- 1) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BauOBl.
 - 2) Dazu oben A II 1 a
 - 3) Richtlinie Nr. 6 der Planfeststellung der Deutschen Bundesbahn v. 16.9.55, Bundesbahn 55, S. 762 ff.

technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, der Abwicklung und Sicherung des äußeren Eisenbahndienstes zu dienen". Die Richtlinie zählt dazu den "Bahnkörper (Schienenweg) mit seinem Zubehör und seinen räumlichen Abgrenzungen, wie Gleisanlagen samt Dämmen, Brücken und Wärterhäusern, Schranken und Blinklichtanlagen, ferner Empfangsgebäude, Güterabfertigungen, Bahnhofshallen, Bahnbetriebs- und Ausbesserungswerke, für den öffentlichen Eisenbahnzweck bestimmte Ladestraßen sowie bundesbahneigene Zufahrtswege und Bahnhofsvorplätze ¹⁾, ferner z.B. Rohranlagen zwischen einem Wasserlauf und der Bahnanlage zur Wasserentnahme, Elektrizitätsversorgungsanlagen, wie z.B. Unterwerke, Umformerwerke, Umrichterwerke, sowie Überlandleitungen, die ausschließlich oder überwiegend dem Betrieb einer elektrischen Bahnstrecke dienen" ²⁾. Nicht zu den Betriebsanlagen gehören nach der Richtlinie Nr. 7 "z.B. Anlagen für den Kraftfahrdienst und für Nebenbetriebe, soweit sie als selbständige Bauten außerhalb des eigentlichen Betriebsgeländes (Bahnhofsgeländes der DB) liegen, ferner Verwaltungsgebäude, Siedlungsbauten u.ä." ³⁾. Die Planfeststellungsrichtlinie läßt erkennen, daß Betriebsgebäude zu den Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn gerechnet werden. Die Planfeststellungsrichtlinie als Ver-

-
- 1) Ihre Eigenschaft als Betriebsanlage wird von der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bestritten, Nachw. bei Finder, Komm.AEG, BbG, Erl. 2 zu § 36 BbG, S. 219. Nach dem Kommentar von Finger handelt es sich nur dann um eine Betriebsanlage, wenn neben dem Verkehrsraum einer öffentlichen Straße eisenbahnplanfestgestellte besondere Einrichtungen zur Bedienung des Verkehrs zum oder vom Bahnhof bestehen, S. 220. Da der Bahnhofsvorplatz aber auf jeden Fall Verkehrsanlage im Sinne des Bauordnungsrecht ist, kommt es für den Anwendungsbereich des Zustimmungsverfahrens nicht darauf an, ob er Betriebsanlage ist. Die Zustimmung ist für Verkehrsanlagen ausgeschl.
 - 2) Richtlinie Nr. 6 d. Planfeststellungsrichtlinien der DB, aaO.
 - 3) Richtlinie Nr. 7 d. Planfeststellungsrichtl., aaO.

waltungsvorschrift ¹⁾ und die EBO als im Range unter dem BbG stehende Rechtsverordnung sind für die Auslegung des BbG nicht verbindlich. Rechtsprechung und Schrifttum legen jedoch den Begriff im wesentlichen genau so aus wie die beiden Quellen.

Nach Rechtsprechung und Schrifttum sind die Betriebsanlagen dadurch gekennzeichnet, daß sie dem Verkehrszweck zu dienen bestimmt sind, das heißt in einem unmittelbaren ²⁾ bzw. - nach einer anderen Auffassung - wenigstens mittelbaren Zusammenhang dazu stehen müssen ³⁾, daß es sich um Anlagen handeln muß, die gerade für den Schienenverkehr typisch sind ⁴⁾ und die in räumlicher Beziehung zur Strecke stehen müssen ⁵⁾.

Nicht eindeutig zu beurteilen sind Empfangsgebäude an Bahnhöfen. Ihre Eigenschaft als Betriebsanlagen

-
- 1) Vgl. zu den Planfeststellungsrichtlinien der Deutschen Reichsbahn: Blümel, Bauplanfeststellung I, S. 188.
 - 2) OVG Lüneburg, U.v.7.6.77 - VI A 162/75 - BRS 32 (1977) Nr. 126, S. 228 (229); Koch in: Haustein, Eisenbahnen, § 72, S. 160.
 - 3) Finger, Komm. AEG, BbG, Anm. 2 zu § 36 BbG, S.218; OVG Münster, B.v.15.3.74 - BRS 28 (1974), Nr.100, S. 225 (227).
 - 4) BVerwG, U.v.29.8.61 - I C 167.59 - DVBl 62, 178 (180); U.v. 23.6.67 - IV C 54.66 - DVBl 68, 307 (308); OVG Lüneburg, B.v.7.6.77 - VI A 162/75 - BRS 32 (1972), Nr. 126, S. 228 (230); U.v. 16.3.76 - VI OVG A 77/74 - VerwRspr. 28 (1977), Nr. 29, S. 441 (442); VGH BW, U.v. 22.3.73 - III 809/71 - BRS 27 (1973), Nr. 45, S. 74 (75). Die Rechtsprechung hat die Inhaltsbestimmung der Eisenbahnanlagen des Preuß. OVG übernommen, nach der Betriebsanlagen solche Anlagen waren, "bei denen die Interessen der Eisenbahnanlagen als eigengearteter Transportanlagen, insbesondere der Bahnkörper und dessen Anlagen in Frage" kamen, U.v.6.10.32 - IV C 78/32 - E 90, 400 (403); Breuer, Planung, S. 124: "Fachlich bestimmte" Anlagen).
 - 5) BVerwG, U.v. 29.8.61 - I C 167/59 - DVBl 62,178 (180); Finger, Komm. AEG, BbG, Anm. 2 zu § 36 BbG, S. 217.

wird zwar ganz überwiegend bejaht ¹⁾, könnte aber auch verneint werden ²⁾, weil diese baulichen Anlagen für die Sicherheit und Leichtigkeit des Schienenverkehrs nicht erforderlich sind, sondern vor allem der Bequemlichkeit der Reisenden dienen. Als Betriebsanlagen müßte man sie dann werten, wenn sie Hilfsfunktion ausübten, indem sie dem Schutz von Betriebsanlagen dienten. ³⁾, weil anderenfalls die Deutsche Bundesbahn bei der Errichtung bestimmter Betriebsanlagen von der Genehmigung (der Zustimmung) einer Landesbehörde abhängig wäre, wenn diese Betriebsanlagen eines Schutzgebäudes bedürften. Die Empfangsgebäude enthalten in der Regel die Nebenbetriebe, das sind z.B. Bahnhofswirtschaften, Bahnhofsverkaufsstellen ⁴⁾, Bahnhofshotels, Bahnhofsfriseurbetriebe ⁵⁾ und Bahnhofskinos ⁶⁾. § 41 Abs. 1 BbG setzt voraus, daß die Nebenbetriebe "den Bedürfnissen des Eisenbahnverkehrs der Deutschen Bundesbahn zu dienen bestimmt" sind; wenn die Betriebe diese Voraussetzungen erfüllen, sind sie zwar Betriebsanlagen, aber nicht solche im Sinne des § 36 BbG ⁷⁾, sondern in dem des § 4 BbG, der hier aber nicht entscheidend ist. In den Empfangsgebäuden befinden sich jedoch auch Betriebsanlagen, wie § 36 BbG sie voraussetzt: Gepäckaufbewahrungsanlagen und Fahrkartenschalter, denen sie Schutz bieten. Da sie folglich Hilfsfunktion ausüben, müssen sie die Rechtsnatur der geschützten Betriebsanlagen teilen ⁸⁾, weil die Nutzung des Empfangsgebäudes Betriebszwecken dient. Die

1) Finger, Komm.AEG, BbG, Anm. 2 zu § 36 BbG, S. 218; Radecke-Rehling in: Hausteil, Eisenbahnen, § 129, S. 546; Küchler, DÖV 77, 187; Kittel, DJZ 1926, 480 (484 li.Sp.): "Zweifello" Reichsbahnanlagen.

2) Unklar Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 160, S. 415. Vgl. zu den Empfangsgebäuden an Flughäfen Hofmann, Komm.LuftVG, § 6, Rdnr. 9, S. 129, wobei allerdings streitig ist, ob die Anlagen, die der Genehmigung nach § 6 LuftVG unterliegen, mit den planfeststellungspflichtigen Anlagen identisch sind, siehe Giemulla/Lauf/Barton, Komm.LuftVG, § 6, Rdnr. 7.

3- 8) Siehe nächste Seite.

Planfeststellung nach § 38 BbG umfaßt also auch Gebäude, wenn diese betrieblichen Verkehrszwecken dienen. Die Anordnung in den Bauordnungen, Verkehrsgebäude seien dem Bauordnungsrecht unterworfen, gilt auch bei den Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn nur für das materielle, nicht für das Verfahrensrecht. Die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens ist für sie nicht erforderlich.

Überbrückungen und Stützmauern, die als Verkehrsanlagen in einigen Bundesländern dem Bauordnungsrecht unterworfen sind ¹⁾, sind als Betriebsanlagen anzusehen. Das wird aus § 8 Abs. 2 EBO geschlossen. Die Vorschrift enthält Regelungen für "Bauwerke"; darunter werden u.a. Stützmauern und Brücken verstanden ²⁾. Für sie ist ebenfalls nur das materielle Bauordnungsrecht, nicht das Verfahrensrecht beachtlich, da ihre Errichtung die Planfeststellung voraussetzt und diese die Zustimmung für öffentliche Bauten ersetzt.

Bei unwesentlichen Änderungen vorhandener Betriebsanlagen kann auf die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens verzichtet werden, § 36 Abs. 2 BbG.

Fußnoten der vorangehenden Seite:

3) Vgl. dazu Küchler, DÖV 77, 187.

4) § 41 Abs. 2 BbG.

5) Hufnagel in: Dtsch. Bundesrecht, VI B20, Erl. zu § 41 BbG.

6) Finger, Komm.AEG, BbG, Anm. 2 b zu § 41 BbG, S. 259.

7) Mlitzko, Diss., S. 168.

8) Vgl. dazu Küchler, aaO, S. 187.

Fußnoten dieser Seite:

1) Dazu oben A II 1 a.

2) Finger, Eisenbahngesetze, § 8 EBO, Erl. 1 b, S. 325; a.A. zu den Brücken: Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 160, S. 415.

Die Frage, wie sich die Feststellung, daß auf das Planfeststellungsverfahren verzichtet werden kann, auf das Zustimmungserfordernis auswirkt, braucht für die Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn nicht beantwortet zu werden. § 38 Satz 2 BbG ordnet an, daß für die Eisenbahnanlagen Baufreigaben nicht stattfinden; bei den Eisenbahnanlagen handelt es sich, wie die Überschrift und Satz 1 der Vorschrift zeigen, um die Betriebsanlagen des § 36 BbG. Diese Vorschrift stellt die unwesentlichen Änderungen vorhandener Anlagen, für die eine Planfeststellung entfallen kann, vom bauaufsichtlichen Verfahren, also vom Zustimmungsverfahren frei.

Für den Abriß einer Betriebsanlage der Deutschen Bundesbahn ist eine Planfeststellung nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Es ist aber denkbar, daß auch die Beseitigung als Änderung zu verstehen ist, die dann wesentlich und daher planfeststellungspflichtig wäre ¹⁾. Gegen die Bedeutung des Abrisses als eines Falles der Änderung spricht der unterschiedliche und nicht vergleichbare Wortsinn. Eine Änderung setzt voraus, daß Bestandteile der Anlage erhalten bleiben. Das zeigt auch die Tatsache, daß die Beseitigung einer baulichen Anlage vom Gesetzgeber regelmäßig bodenrechtlich nicht als relevant angesehen wird, wie § 29 BBauG deutlich zeigt. Wenn der Gesetzgeber die Beseitigung einer baulichen Anlage, so im Wasserrecht ²⁾ geschehen, der Planfeststellung unterwerden wollte, hat er es ausdrücklich angeordnet. Darüber hinaus setzt der Abriß - zumindest konkludent - die vorherige Entwidmung der Anlage vor-

1) Die Deutsche Bundesbahn hält den Abriß für planfeststellungspflichtig, vgl. Antwort auf die Anfrage Nr. 43, BT Drs. 9/849, S. 24 f.

2) § 12 Abs. 2 Satz 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 1 WaStrG, § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG.

aus, so daß sie im Zeitpunkt der Baumaßnahme ihre Eigenschaft als Betriebsanlage verloren hat ¹⁾; es gilt also das allgemeine Baurecht ²⁾, ein Planfeststellungsverfahren findet für den Abriß einer Betriebsanlage nicht statt.

Die Zustimmungsbedürftigkeit des Abrisses einer Betriebsanlage der Deutschen Bundesbahn könnte aber wegen § 38 Satz 2 BbG entfallen. Aber auch beim Abriß hat die Eisenbahnanlage ihre Eigenschaft als Betriebsanlage vorher verloren, so daß kein Grund für ihre Sonderstellung gegenüber anderen baulichen Anlagen ersichtlich ist. Das Zustimmungsverfahren ist auch nicht ausgeschlossen, weil es sich bei den Anlagen um Verkehrsanlagen handelt, für die das Bauordnungsrecht nicht gilt ³⁾. Im Zeitpunkt des Abrisses dienen die Anlagen nicht mehr dem Verkehrszweck, so daß der Anlaß für eine besondere rechtliche Behandlung entfällt. Auf Verkehrsgebäude, teilweise auch -überbrückungen und -stützmauern, ist das Bauordnungsrecht ohnehin anwendbar, so daß sich durch die Entwidmung in diesen Fällen nichts ändert.

In Berlin gilt das BbG nicht. Es enthält keine sogenannte "Berlin-Klausel", die den Landesgesetzgeber zur Übernahme berechtigt. Hier gilt noch das Reichsbahngesetz vom 4. Juli 1939 ⁴⁾; dieses Gesetz unterwirft in § 23 Abs. 1 Satz 1 den Bau oder die Veränderung bestehender Reichseisenbahn-

1) Vgl. VG Minden, unveröff. B.v. 28.5.76, zitiert bei Klein, DÖV 77, 194.

2) Klein, DÖV 77, 194 (198 re. Sp.).

3) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO; dazu oben A II 1 a.

4) RGBl I S. 1205.

anlagen ebenfalls der Planfeststellung. Die Betriebs- und sonstigen baulichen Anlagen der Reichsbahn gehören als Sondervermögen dem Deutschen Reich ¹⁾ und stehen unter der obersten Gewalt der Alliierten. Das Planfeststellungsverfahren für den Bau neuer und die Änderung bestehender REichsbahnbetriebsanlagen wird in Berlin nach Genehmigung der Alliierten vom Senator für Wirtschaft durchgeführt ²⁾. Das sonstige Reichsbahnvermögen, also die Grundstücke, die nicht Betriebszwecken dienen, verwaltet in Berlin (West) der Senator für Finanzen ³⁾; in Zusammenhang damit stehende Baumaßnahmen sind als Vorhaben "anderer Stellen" nach § 99 Abs. 1 Satz 3 BauOBln zustimmungspflichtig.

bb) Versuchsanlagen zur Erprobung von Techniken für den spurgeführten Verkehr

Die Errichtung und Änderung einer Versuchsanlage zur Erprobung von Techniken für den spurgeführten Verkehr bedürfen der Planfeststellung, § 2 Abs. 1 VersuchsanlG. Die Versuchsanlagen sind öffentliche Bauten, weil nach § 1 Abs. 1 VersuchsanlG der Bund Bauherr ist. Da begriffsnotwendig die Art ihrer Ausführung nicht von vornherein feststeht, sind im Einzelfall die Kriterien für die Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn zur Beurteilung heranzuziehen, weil diese Anlagen Eisenbahnanlagen sind.

Als Verkehrsanlagen ⁴⁾ sind nach den Bauordnungen

1) Das ergibt sich aus Art. 1 des (Berliner) Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundesbahn v. 21.12.51, GVBl S. 1190, der eine Ausnahme zu § 1 Abs. 1 des (Bundes-) Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundesbahn v. 2.3.51, BGBI I S. 155 enthält.

2) Seiffert, Deutschland-Archiv 83, 386 (390).

3) Seiffert, aaO, S. 390.

4) Zur begrifflichen Übereinstimmung von Landesrecht und Bundesrecht vgl. A III 3 b - aa.

der Länder nur die Gebäude ¹⁾, in manchen Bundesländern zusätzlich Überbrückungen und Stützmauern ²⁾ eines öffentlichen Bauherrn zustimmungspflichtig, soweit keine Planfeststellung durchgeführt wird. Für Änderungen der Versuchsanlagen, bei denen eine Planfeststellung nach § 2 Abs. 1 VersuchsanlG entfallen kann, gilt das für die Betriebsanlagen der Bundesbahn Gesagte ³⁾, da in § 11 Abs. 3 Satz 2 VersuchsanlG eine dem § 38 Satz 2 bbG entsprechende Vorschrift existiert, der Baufreigaben durch andere Behörden ausschließt. Für den Abriß der Versuchsanlagen gilt ebenfalls dasselbe wie für die Bundeseisenbahnanlagen ⁴⁾, da die Anlagen im Zeitpunkt dieser Baumaßnahme weder Versuchsanlagen noch Verkehrsanlagen sind; der Abriß ist zustimmungspflichtig.

cc) Bundeswasserstraßen

Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 WaStrG bedarf der Aus- oder Neubau der Bundeswasserstraßen der Planfeststellung. Dabei handelt es sich um Vorhaben eines öffentlichen Bauherrn, nämlich wegen § 12 Abs. 1 WaStrG um Hohheitsaufgaben des Bundes. Ausbau ist die wesentliche Umgestaltung der Wasserstraße, eines oder beider Ufer, die über die Unterhaltung hinausgeht und die Wasserstraße als Verkehrsweg betrifft. Welche Anlagen zu einer Bundeswasserstraße gehören, ergibt sich aus § 1 Abs. 4 WaStrG. Dort werden die bundeseigenen ⁵⁾ Schiffsanlagen, besonders Schleusen, Schleusenkanäle, Schiffshebewerke, Wehre, Schutz-, Sicherheits-

-
- 1) Zum Geltungsbereich der Bauordnungen z.B. Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 BayBO.
 - 2) Zum Geltungsbereich der Bauordnungen oben A II 1 a.
 - 3) Dazu oben A VI 3 b - aa.
 - 4) Dazu oben A VI 3 b - aa.
 - 5) Der Begriff bezieht sich nicht auf die bürgerlich-rechtlichen Eigentumsverhältnisse; entscheidend ist, daß die Anlage der bundeseigenen Verwaltung untersteht, Friesecke, Komm.WaStrG, § 48, Rdnr.2, S.386.

und Bauhäfen sowie bundeseigene Talsperren, Speicherbecken und andere bundeseigene Speisungsanlagen und die ihrer Unterhaltung dienenden bundeseigenen Ufergrundstücke, Tonnen-, Bau- und Schirrhöfe. Die Aufzählung dieser Anlagen ist nicht abschließend, sondern nur beispielhaft ¹⁾, wie die Wortwahl "besonders" in Nr. 1 des § 1 Abs. 4 WaStrG zeigt. Im Zuge des Neubaus können auch z.B. Deckwerke, Buhnen, Spundwände, Ufermauern, Leitwerke, Trenndämme und Wehre errichtet werden ²⁾. Den beispielhaft genannten Anlagen ist gemeinsam, daß sie dem Verkehrszweck der Bundeswasserstraße zu dienen bestimmt sind. Das gilt auch für die Talsperren, Speicherbecken und Speisungsanlagen, die dazu bestimmt sind, auf den Bundeswasserstraßen einen für die Schifffahrt ausreichenden Wasserstand zu gewährleisten ³⁾. Ihnen ist weiter gemeinsam, daß sie typisch für den Verkehr auf einem Wasserweg sind und in räumlicher Beziehung dazu stehen.

Da es sich bei den Anlagen um Verkehrsanlagen handelt, auf die die Bauordnungen mit Ausnahme von Gebäuden ⁴⁾, teilweise darüber hinaus auch von Überbrückungen und Stützmauern nicht anwendbar sind ⁵⁾, stellt sich auch hier die Frage, ob diese Verkehrsanlagen als Gegenstände der Planfeststellung nach dem WaStrG in Betracht kommen oder ob sie als Anlagen des Bundes zustimmungsbedürftig sind.

Bei den Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn hat es sich gezeigt, daß bestimmte Gebäude als Betriebsanlagen gewertet werden konnten, z.B. Eisenbahnausbesserungswerke, Stellwerke und Empfangs-

1) Friesecke, Komm.WaStrG, § 1, Rdnr. 22, S. 79.

2) Mintzel, Komm.WaStrG, § 48, Anm. 1 c, S. 199.

3) Mintzel, aaO, § 5, Anm. 6, S. 70.

4) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

5) Dazu oben A II 1 a.

gebäude. Das war immer dann der Fall, wenn die Gebäude Betriebsanlagen in sich aufnehmen. Da der Umfang der Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Schienen- und Wasserverkehrswege vergleichbar ist ¹⁾, ist zu vermuten, daß für die Verkehrsgebäude der Wasserstraßen entsprechendes gilt. Es wird die Ansicht vertreten, daß Bauten wie Büro-, Werkstatt- und Lagergebäude der Schutz-, Sicherheits- und Bauhäfen zu den Bundeswasserstraßen gehören ²⁾. Dagegen wird daraus, daß in den Ausschußverhandlungen im Gesetzgebungsverfahren festgestellt wurde, daß es sich bei den Schifffahrtsanlagen um "Ingenieurbauten" handeln müsse ³⁾, der Schluß gezogen, daß diese Gebäude nicht zu den Anlagen einer Bundeswasserstraße gehören ⁴⁾, weil Gebäude in der Regel keine Ingenieurbauten sind. Selbst wenn die Werkstattgebäude der Schutz-, Sicherheits- und Bauhäfen keine Verkehrsanlagen der Bundeswasserstraße in sich aufnehmen, so dient doch ihre Nutzung dem Verkehrszweck, so daß sie als Schifffahrtsanlagen im Sinne des § 1 Abs. 4 WaStrG angesehen werden müssen, selbst wenn sie keine Ingenieurbauten sind. Sie unterliegen deshalb der Planfeststellung; das Zustimmungsverfahren entfällt wegen der Ersetzungswirkung der Planfeststellung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 WaStrG.

Fraglich ist weiter, ob Überbrückungen und Stützmauern als planfeststellungspflichtige Vorhaben des WaStrG in Betracht kommen. Überbrückungen sind bauliche Anlagen, die einen Verkehrsweg oder eine Rohrleitung über ein natürliches Hindernis hinwegführen ⁵⁾. § 1 Abs. 4 WaStrG ist nicht zu entnehmen,

-
- 1) BVerfG, U.v.30.10.62 - 2 BvF 2/60 1,2,3/61 - E 15, 1 (13 f.); "Eisenbahnkreuzungs"-B.v.15.7.69 - 2 BvF 1/64 - E 26, 338 (377).
 - 2) Schifffahrtsanlagen iS des § 1 Abs. 4 WaStrG, Friessecke, Komm.WaStrG, § 48, Rdnr. 2, S. 432.
 - 3) BT Drs. V/1469, S. 5 zu § 46 WaStrG.
 - 4) Mintzel, Komm.WaStrG, § 48, Anm. 1a, S. 199.
 - 5) So für Baden-Württemberg VGH BW, U.v.20.1.71 - II 670/68 - DÖV 72, 134.

daß Brücken zu den Bundeswasserstraßen gehören. Zwar ist die in der Vorschrift enthaltene Aufzählung nicht abschließend, wie die Wortwahl "besonders" zeigt, aber es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber solche bedeutenden Bauwerke nicht genannt hätte, wenn er sie dem Anwendungsbereich des WaStrG hätte unterwerfen wollen. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß Brücken nicht zu den Wasserstraßen gehören. Dieses Ergebnis wird dadurch erhärtet, daß Brückenbauten für die Funktion der Wasserstraße als Verkehrsweg nicht erforderlich sind. Brückenbauten über Bundeswasserstraßen sind infolgedessen zustimmungspflichtig, wenn sie nicht nach anderen Gesetzen einer Planfeststellung unterliegen. Muß infolge des Aus- und Neubaus eine Baumaßnahme an einem vorhandenen Brückenbauwerk ausgeführt werden, wird dieses Vorhaben wegen § 75 Abs. 1 Satz 1 VwVfG des Bundes von der Planfeststellung nach dem WaStrG erfaßt, weil dieses Gesetz insoweit nicht abschließend ist. In einem solchen Fall ist das Bauvorhaben nicht zustimmungsbedürftig.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob Stützmauern zu einer Bundeswasserstraße gehören können; wenn ja, sind sie planfeststellungspflichtig, so daß die Zustimmung für sich nicht eingeholt zu werden braucht. Stützmauern sind bauliche Anlagen, die das Abrutschen von Erdreich verhindern sollen. Solche Anlagen sind unter dem planfeststellungspflichtigen Zubehör der Bundeswasserstraßen nicht ausdrücklich erwähnt. Dennoch ist davon auszugehen, daß solche Anlagen von § 1 Abs. 4 WaStrG erfaßt werden, der ja nicht abschließend ist. Alle Mauern im Zusammenhang mit einer Wasserstraße, die der Befestigung der Ufer dienen, sind als Stützmauern anzusehen. Ihre Errichtung und Änderung, aber auch - im Gegen-

satz zu den meisten Fachplanungsgesetzen - ihre Beseitigung wegen § 12 Abs. 2 Satz 2 iVm § 14 Abs. 1 Satz 1 WaStrG unterliegt der Planfeststellung. Die Anwendung des Bauordnungsrechts, den die Bauordnungen auf diese Arten von Verkehrsanlagen zum Teil anordnen ¹⁾, bezieht sich hier nur auf das materielle Recht, nicht das Verfahrensrecht.

Der Aus- und Neubau kann ohne Planfeststellung genehmigt werden, wenn mit Einwendungen nicht zu rechnen ist. Auch hier braucht, wie bei den Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn, nicht untersucht zu werden, ob die Plangenehmigung die Baugenehmigung und folglich auch die Zustimmung ersetzt ²⁾; § 48 Satz 2 WaStrG enthält eine § 38 Satz 2 BbG entsprechende Freistellung, so daß schon aus diesem Grunde die Zustimmung für ein solches Vorhaben nicht eingeholt zu werden braucht.

Eine besondere Rechtslage besteht in Berlin. Der Landesgesetzgeber hat das WaStrG übernommen ³⁾, es findet aber aufgrund alliierter Vorbehalte keine praktische Anwendung. Diese Vorbehalte betreffen das Berliner Wassergesetz ⁴⁾. In diesem Gesetz werden in § 1 Abs. 1 Nr. 1 die "Bundeswasserstraßen" erwähnt. Die Alliierten haben sich gegen diese Bezeichnung gewandt; in Berlin gebe es nur "ehemalige Reichswasserstraßen" ⁵⁾. In die Anlage zum WaStrG sind die Berliner "Bundes-Wasserstraßen" folglich auch nicht aufgenommen worden. Das bedeutet, daß Aus- und Neubau der ehe-

1) Dazu oben, A II 1 a.

2) Dazu oben A VI 3 b - aa.

3) Durch Mantelgesetz v. 29.4.68, GVBl S. 506.

4) Vom 23.6.60, GVBl S. 133, zuletzt geändert durch Gesetz v. 30.1.79, GVBl S. 183.

5) BK/O (60) 4 vom 19.8.60, GVBl S. 1092 und BK/O (62) 8 vom 25.9.62, GVBl S. 1184.

maligen Reichswasserstraßen in Berlin nicht planfeststellungspflichtig ist. Da die Berliner Bauordnung im Gegensatz zu den Bauordnungen der anderen Bundesländer auf Verkehrsanlagen grundsätzlich anwendbar ¹⁾ ist, kommt für die baulichen Anlagen der Wasserstraßen das Zustimmungungsverfahren in Betracht. Bauherr kann jedoch nicht der Bund sein, da die Wasserstraßen als ehemaliges Reichswasserstraßenvermögen der alliierten Hoheit unterliegen. Baumaßnahmen könnten aber Vorhaben "anderer Stellen" gemäß § 99 Abs. 1 Satz 3 BauOBl n ²⁾ sein; wegen § 100 Abs. 1 Nr. 2 BauOBl n findet aber für Wasserbauten kein Zustimmungungsverfahren statt, ausgenommen von dieser Freistellung sind lediglich Gebäude mit einem umbauten Raum von mehr als 30 m ³⁾, von Garagen, von Überbrückungen mit einer lichten Weite von mehr als 3 m und von Aufbauten auf Steganlagen.

dd) Bundesfernstraßen

Der Planfeststellung unterliegen Bau und Änderung der Bundesfernstraßen, § 17 Abs. 1 Satz 1 FStrG. Bauherren dieser Anlagen sind wegen Art. 90 Abs. 2 GG die Länder, weil dem Bund keine Verwaltungsbefugnisse in dem Bereich zustehen ³⁾. Das gilt auch für die Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen, deren Bau nach § 15 Abs. 2 FStrG dem Bund vorbehalten ist; sie gehören nach § 1 Abs. 4 Nr. 5 FStrG zu den Bundesfernstraßen. Bei den Nebenbetrieben handelt es sich gemäß § 15 Abs. 1 FStrG um Tank-

1) Ausnahme: Öffentliche Straßen, § 1 Abs. 1 Nr. 1 BauOBl n.

2) Dazu oben A II 3 c.

3) Vgl. Wilke in: Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, S. 541 ff (547 f.).

stellen, bewachte Parkplätze, Werkstätten, Verlade- und Umschlagsanlagen sowie Raststätten. Aus § 1 Abs. 4 FStrG ergeben sich die übrigen baulichen Anlagen, die zu einer Fernstraße des Bundes gehören. Es werden genannt der Straßenkörper und seine Bestandteile wie der Straßengrund, der Straßenunterbau, die Straßendecke, die Brücken, Tunnel, Durchlässe, Dämme, Gräben, Entwässerungsanlagen, Böschungen, Stützmauern, Lärmschutzanlagen, Trenn-, Seiten-, Rand- und Sicherheitsstreifen (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 FStrG), das Zubehör, wie die Verkehrszeichen, Verkehrseinrichtungen und -anlagen aller Art, die der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs oder dem Schutz der Anlieger dienen (§ 1 Abs. 4 Nr. 3 FStrG), die Nebenanlagen, die überwiegend den Aufgaben der Straßenbauverwaltung dienen, wie z.B. Straßenmeistereien, Gerätehöfe, Lager, Lagerplätze, Entnahmestellen, Hilfsbetriebe und -einrichtungen (§ 1 Abs. 4 Nr. 4 FStrG). Die Richtlinie Nr. 7 für die Planfeststellung nach dem BFStrG ¹⁾ nennt außerdem Flächen, deren vorübergehende Inanspruchnahme zur Durchführung des Vorhabens erforderlich sind, z.B. Flächen für die Lagerung von Baumaterial oder Boden, für Arbeitsstraßen, die Anlegung von Baustraßen und Umfahungsstrecken.

Zu den baulichen Anlagen einer Bundesfernstraße gehören auch Gebäude. Das ergibt sich aus der Nennung der Lager neben den Lagerplätzen in § 1 Abs. 4 Nr. 4 FStrG ²⁾ und der Werkstätten in

1) VkB1 1976, S. 564, abgedruckt bei Marschall/Schroeter/Kastner, Komm.FStrG, S. 897.

2) Allg. Auffassung, vgl. Marschall/Schroeter/Kastner, aaO, § 1, Rdnr. 7.9, S. 56; Kodal, Straßenrecht, S. 142.

in § 15 abs. 1 FStrG, allerdings müssen sie in räumlichem Zusammenhang zu dem Verkehrsweg stehen, wie § 15 Abs. 1 FStrG zeigt. Da diese Gebäude planfeststellungsbedürftig sind, wie das auch für die anderen Verkehrsgesetze des Bundes nachgewiesen werden konnte, entfällt für sie die Durchführung eines Zustimmungsverfahrens. Die Geltung der Bauordnungen für die Verkehrsgebäude ¹⁾ bezieht sich hier ebenfalls nur auf das materielle Recht, nicht auf das Verfahrensrecht.

Überbrückungen und Stützmauern, die als Verkehrsanlagen in einigen Bundesländern ebenfalls dem Bauordnungsrecht unterworfen sind ²⁾, werden von der Planfeststellung nach dem FStrG erfaßt, weil § 1 Abs. 4 FStrG Brücken und Stützmauern als Teile des Straßenkörpers nennt. Ihre Errichtung und Änderung ist daher nicht zustimmungsbedürftig.

Bei Änderungen und Erweiterungen der Bundesfernstraßen, denen eine nur unwesentliche Bedeutung zukommt, kann die Planfeststellung unterbleiben, § 17 Abs. 2 Satz 1 FStrG. Fälle unwesentlicher Bedeutung liegen nach § 17 Abs. 2 Satz 2 FStrG besonders dann vor, wenn Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden oder wenn mit den Betroffenen entsprechende Vereinbarungen getroffen werden. Als Beispiel für einen solchen Fall sei die Ausstattung eines Rastplatzes mit Kiosken, Sanitäreinrichtungen und ähnlichem genannt ³⁾. Ob die in der Sache nach einer Plangenehmigung entsprechende Entscheidung ⁴⁾ die Baugenehmigung und damit die Zustimmung ersetzt, braucht bei den baulichen Anlagen der Bundesfern-

1) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

2) Dazu oben A II 1 a.

3) Schreiben des Bayerischen Staatsmin.d. Innern v. 18.1.74 Nr. II B 2 - 9511 i I 50, auszugsweise abgedruckt bei Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 3.

4) BVerwG, U.v. 15.1.82 - 4 C 26.78 - E 64, 326 (329 f.).

nicht untersucht zu werden, da § 4 Satz 2 FStrG - entsprechend der Regelung in § 38 Satz 2 BbG - anordnet, daß es für die Bauten des Trägers der Straßenbaulast behördlicher Genehmigungen, Erlaubnisse und Ausnahmen durch andere als die Straßenbaubehörde nicht bedarf. Wegen dieser Vorschrift entfällt das Zustimmungserfordernis für diese Vorhaben ¹⁾.

Auf den Abriß ist die verfahrensrechtliche Freistellung in § 4 Satz 2 FStrG aus den gleichen Gründen wie bei § 38 Satz 2 BbG nicht übertragbar ²⁾, da die Vorschrift nur solche Anlagen von baupolizeilichen Eingriffen freistellt, die Verkehrszwecken dienen. Dieser Zweck ist vor dem Abriß durch „zumindest konkludente“ Entwidmung der Anlage entfallen. Der Abriß von den zu einer Bundesfernstraße gehörenden baulichen Anlagen im Sinne des § 1 Abs. 4 FStrG einschließlich von Gebäuden, Überbrückungen und Stützmauern ³⁾ richtet sich nach dem allgemeinen Baurecht und ist daher zustimmungspflichtig. Die Bauordnungen sind auf die Anlagen deshalb anwendbar, weil sie durch die Entwidmung aufhören, Verkehrsanlage zu sein, und nur auf solche Anlagen sind die Bauordnungen nicht anwendbar ⁴⁾.

ee) Straßenbahnen und Obusse

Die Errichtung und Änderung von Straßenbahnen unterliegen der Planfeststellung, § 28 Abs. 1 PBefG.

1) Dazu oben A VI 3 b - aa.

2) Dazu oben A VI 3 b - aa.

3) Dazu oben A II 1 a.

4) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

Wegen § 4 Abs. 2 PBefG gehören zu den Straßenbahnen auch die U-Bahnen. Das Planfeststellungsverfahren ist wegen der Verweisung auf § 28 Abs. 1 PBefG in § 41 Abs. 1 PBefG auch für die baulichen Anlagen der Obusse durchzuführen. Aus § 29 Abs. 1 Satz 3 PBefG ist zu schließen, daß die Planfeststellung der Betriebsanlagen die Baugenehmigung ersetzt. Das gilt auch für die Zustimmung, wenn diese Anlagen als öffentliche Bauten errichtet werden. Die Errichtung von Straßenbahnen, U-Bahnen und Obussen ist jedermann gestattet, § 3 PBefG, also kommen auch der Bund und die Länder als Bauherren in Betracht. Regelmäßig sind es jedoch die Gemeinden, die diese Anlagen in der Form des Eigenbetriebes oder der Eigengesellschaft betreiben. Wird in den Stadtstaaten eine solche Anlage durch einen Eigenbetrieb errichtet, ist ein öffentlicher Bauherr Träger des Vorhabens ¹⁾.

Der BOStrab, einer Rechtsverordnung aufgrund der Ermächtigung in § 57 Abs. 1 Nr. 1 PBefG, kann man entnehmen, welche Anlagen Betriebsanlagen von Straßenbahnen sind. Es gehören dazu die folgenden baulichen Anlagen: Gleisanlagen, Signalanlagen, Zugsicherungs- und Beeinflussungsanlagen, Fernmeldeanlagen, Andreaskreuze, Fahrleitungen (Stromschiene der Oberleitung und Tragwerke, Schalt- und Überspeisungsschutzeinrichtungen, Speisungsleitungen), Stromversorgungsanlagen, Inseln an Haltestellen, Brücken, Tunnel, Erdbauwerke (Dämme und Einschnitte, die den Oberbau, das heißt Gleis und Bettung, aufnehmen), Bahnsteige, §§ 13 bis 16 BOStrab. Bei Obussen kommen als Betriebsanlagen vor allem Einrichtungen zur Stromversorgung und Haltestellen-

1) Dazu oben A II 1 d - aa.

inseln in Betracht.

Da es sich bei den Betriebsanlagen um Verkehrsanlagen im Sinne des Bauordnungsrechts der Länder handelt ¹⁾, stellt sich auch hier die Frage, ob Gebäude, die als Verkehrsanlagen dem Bauordnungsrecht unterworfen sind ²⁾, als Betriebsanlagen von Straßenbahnen in Betracht kommen. Hierzu bestehen unterschiedliche Auffassungen. Gebäude werden weder in der BOStrab noch der BOKraft, einer ebenfalls aufgrund des § 57 Abs. 1 Nr. 1 PBefG erlassenen Rechtsverordnung, erwähnt; das zwingt aber nicht zu dem Schluß, sie kämen als Betriebsanlagen nicht in Betracht. Die Rechtsverordnungen halten lediglich kein materielles Recht für diese baulichen Anlagen bereit.

Gebäude werden im Schrifttum zum Teil an Betriebsanlagen angesehen, wenn sie solche in sich aufnehmen ³⁾, wie z. B. ein Stellwerk, zum Teil wird ihre Eigenschaft als Betriebsanlage selbst in dieser Funktion verneint ⁴⁾. Die Gebäude, die durch Aufnahme von Betriebsanlagen dem Betriebszweck dienen, müssen jedoch deshalb der Planfeststellung unterliegen, weil anderenfalls der Unternehmer bei der Ortswahl betrieblicher Anlagen von einer Genehmigung abhängig wäre, die mit dem Planfeststellungsbeschluß kollidieren könnte.

1) Zur begrifflichen Übereinstimmung A VI 3 b - aa.

2) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

3) Fielitz/Meier/Montigel. PBefG-Komm., § 28, Anm. 2, S. 120 f.; Bidinger, Personenbeförderungsrecht, § 28, Anm. 4 c.

4) Greif, PBefG-Komm., § 28, Rdnr. 10, S. 143 iVm § 9, Rdnr. 3, S. 57.

Solche Gebäude sind folglich zu den Betriebsanlagen des § 28 PBefG zu zählen. Die Bauordnungen definieren Gebäude als selbständig benutzbare, überdachte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet und bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen ¹⁾. Betriebsgebäude der Straßenbahnen und Obusse sind z.B. Eingangsbauwerke an U-Bahnhöfen, da die Bauordnungen nicht verlangen, daß ein Gebäude sich über der Erdoberfläche befinden muß. In den Eingangsbauwerken befinden sich Verkaufsstellen, Automaten für die Fahrscheine, Rolltreppen zu den Bahnsteigen, Fahrscheinentwerter; das sind Betriebsanlagen. Gleiches gilt für die Fahrtreppen wegen § 27 BOStrab. Ein Wartehäuschen an einer Haltestelle ist zwar auch ein Gebäude, aber keine Betriebsanlage, denn es dient nicht dem Schutz einer solchen Anlage.

Überbrückungen und Stützmauern, die in einigen Bauordnungen neben den Gebäuden als Verkehrsanlagen dem Bauordnungsrecht unterworfen sind ²⁾, kommen als Betriebsanlagen der Straßenbahnen in Betracht. Für die Brücken ergibt sich das aus § 24 BOStrab. Wenn die Straßenbahn in einen Einschnitt verlegt wird (§ 26 Abs. 1 Nr. 2 BOStrab), kommen Stützmauern zur Sicherung des Erdreiches vor dem Abrutschen in Betracht. Für Gebäude, Überbrückungen und Stützmauern als Betriebsanlagen der Straßenbahnen gilt also nur das materielle Baurecht der Länder, die Baugenehmigung oder die Zustimmung wird durch die Planfeststellung ersetzt.

1) z.B. § 2 Abs. 3 BauOBl.

2) Dazu oben A II 1 a.

Die Planfeststellung ist zwingend vorgeschrieben nur für die Errichtung und wesentliche Änderung der Betriebsanlagen. Bei Änderung und Erweiterung von unwesentlicher Bedeutung kann auf dieses Verfahren verzichtet werden, § 28 Abs. 2 Satz 1 PBefG. Ein solcher Fall liegt insbesondere dann vor, wenn Rechte anderer nicht beeinträchtigt werden oder der Kreis der Beteiligten bekannt ist bzw. ohne förmliches Verfahren ermittelt werden kann und mit dem Beteiligten entsprechende Vereinbarungen getroffen werden, § 28 Abs. 2 Satz 2 PBefG.

Fraglich ist, ob die an die Stelle des Planfeststellungsbeschlusses ergehende Entscheidung, die der Sache nach eine Plangenehmigung ist ¹⁾, eine der Planfeststellung entsprechende Konzentrationswirkung entwickelt, so daß für genehmigungspflichtige Änderungen an den Betriebsanlagen die Zustimmungspflicht entfällt, wenn der Verkehrsunternehmer ein öffentlicher Bauherr ist. Von Bedeutung ist das nur für Gebäude, in manchen Bundesländern darüber hinaus auf Überbrückungen und Stützmauern ²⁾, weil nur auf diese Arten von Verkehrsanlagen das Bauordnungsrecht und damit die Genehmigungs- oder Zustimmungspflicht zu beachten ist.

Ob einer Plangenehmigung Konzentrationswirkung zukommt, ist streitig ³⁾. Entsprechendes muß dann

1) BVerwG, U.v.15.1.82 — 4 C 26.78 — E 64, 325 (329 f.) zu § 17 Abs. 2 FStrG.

2) Dazu oben A II 1 a.

3) Bejahend: Gerdorf, NuR 82, 251; Quadflieg, Komm. FlurbG, § 41, Anm. 184, 185.
Verneinend: Brinkschulte, Diss., S. 137 f.; Bramer, NuR 81, 201; ders. NuR 82, 252; Pausch, Urteilsanm., BayVB1 82, 347.

für die der Sache nach gleiche Feststellung, die Planfeststellung sei entbehrlich ¹⁾, gelten ²⁾. Die Auffassung, die Plangenehmigung entfalte keine Konzentrationswirkung, ist vorzugswürdig. Das zeigt vor allem ihre fehlende gesetzliche Anordnung. Hätte der Gesetzgeber diese Wirkung gewollt, hätte er eine entsprechende Regelung in den Fachplanungsgesetzen treffen müssen, wie es jüngst für die – zwar nur bedingt vergleichbare – Genehmigung im vereinfachten Verfahren nach § 19 BImSchG getan hat; aus Abs. 2 dieser Vorschrift ist § 13 gestrichen worden ³⁾, so daß jetzt auch die Genehmigung im vereinfachten Verfahren andere für die Anlage erforderliche Erlaubnisse ersetzt. Eine Konzentrationswirkung der Plangenehmigung findet sich in den Wassergesetzen einiger Bundesländer ⁴⁾. Daß der Plangenehmigung keine Konzentrationswirkung zukommt, läßt sich auch aus einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts schließen. Darin hat das Gericht ausgeführt, daß eine Zulassung des Vorhabens anstelle der Planfeststellung nach § 28 Abs. 2 Satz 1 PBefG nicht alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und den durch den Plan Betroffenen rechtsgestaltend regelt ⁵⁾. Wenn der Plangenehmigung nicht die rechtsgestaltende Wirkung der Planfeststellung zukommt, kann man folgern, fehlen ihr auch die anderen Wirkungen dieses besonderen Verfahrens, also auch die Konzentrationswirkung. Wird für unwesentliche Änderungen an Betriebsgebäuden, Überbrückungen und Stützmauern das Vorhaben

1) BVerwG, U.v. 15.1.82 - 4 C 26.78 - E 64, 325 (329 f.).

2) Es wird nur eine ablehnende Ansicht vertreten von Fielitz/Meier/Montigel/Müller, PBefG-Komm., § 28, Anm. 3, S. 121.

3) BImSchG idF von Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des AbfG v. 4.3.82, BGBl I S. 281.

4) Dazu oben A VI 3 b - jj.

5) U.v. 8.10.76 - VI C 24/73 - NJW 77, 2367 (2368 re. Sp.).

ohne Planfeststellung zugelassen, kann der öffentliche Bauherr die Zustimmung anstelle der Baugenehmigung beantragen.

Zustimmungspflichtig ist ebenfalls der Abriß von baulichen Betriebsanlagen eines öffentlichen Bauherrn, denn diese Maßnahme unterliegt nicht der Planfeststellung. Sie ist deshalb zustimmungspflichtig, weil die Anlagen im Zeitpunkt des Abbrisses keine Verkehrsanlagen mehr sind ¹⁾ und daher in den Anwendungsbereich der Bauordnungen fallen.

ff) Flughäfen sowie Landeplätze mit beschränktem Bauschutzbereich

Die Konzentrationswirkung der Planfeststellung nach den §§ 8 ff LuftVG für Flughäfen und Landeplätze mit beschränktem Bauschutzbereich nach § 17 LuftVG erfaßt wegen § 9 Abs. 1 Satz 3 LuftVG die Baugenehmigung nicht. Sie ist neben der Planfeststellung für alle genehmigungspflichtigen baulichen Anlagen einzuholen ²⁾. Die städtebauliche Seite eines Vorhabens, für das der Plan festgestellt worden ist, wird im Genehmigungsverfahren nicht geprüft. Die §§ 30 bis 37 BBauG sind nicht anwendbar, weil nach § 38 BBauG die Vorschriften des LuftVG vom Dritten Teil des BBauG "unberührt" bleiben ³⁾. Genehmigungsbedürftig sind aber regelmäßig nur die Verkehrsgebäude, in manchen Bundesländern darüber hinaus Überbrückungen und Stützmauern ⁴⁾, für andere Verkehrsanlagen gilt weder

1) Dazu oben A VI 3 b - aa.

2) Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Bau-recht, § 40.6, S. 243.

3) Dölker, BayVB1 75, 377 (381), vgl. auch später C II 3 b.

4) Dazu oben A II 1 a.

das formelle noch das materielle Bauordnungsrecht ¹⁾. Eine Ausnahme bildet nur Berlin; die Bauordnung nimmt nur die öffentlichen Straßen aus ihrem Anwendungsbereich heraus, § 1 Abs. 2 Nr. 1 BauOBl.

Als Bauherr der Anlagen des Luftverkehrs kommt jedermann, § 6 Abs. 1 Satz 1 LuftVG, also auch der Bund oder die Länder in Betracht. Betriebsgebäude, teilweise auch Überbrückungen und Stützmauern unterliegen in einem solchen Fall dem Zustimmungsverfahren. Verkehrsflughäfen werden jedoch regelmäßig von Gesellschaften des privaten Rechts errichtet, an denen Länder und Gemeinden beteiligt sind. Eine solche Gesellschaft genießt die Privilegien eines öffentlichen Bauherrn nur in Einzelfällen in Schleswig-Holstein unter den in § 105 LBO SH genannten Voraussetzungen.

Baut der Bund einen Militärflughafen, handelt es sich dabei um eine Anlage, die der Landesverteidigung dient. Betriebsgebäude, Überbrückungen und Stützmauern sind jedoch nicht lediglich zur Kenntnis der höheren Verwaltungsbehörde zu bringen ²⁾, sondern diese Anlagen sind zustimmungspflichtig, da sie dem Verteidigungszweck nur mittelbar dienen ³⁾. Für die Errichtung der übrigen Anlagen ist kein Verfahren vorgeschrieben: Eine Planfeststellung entfällt nach § 30 Abs. 1 Satz 2 LuftVG; als Verkehrsanlagen sind die Vorhaben vom Bauordnungsrecht befreit ⁴⁾.

1) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

2) Dazu oben, A V. Vgl. z.B. § 111 Abs. 5 HBauO.

3) Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 160, S. 413.

gg) Telegrafenlinien

Die Planfeststellung ist erforderlich für die Errichtung und wesentliche Änderung für die öffentlichen Zwecken dienenden Telegrafenlinien, wenn ein Verkehrsweg ¹⁾ zu ihrer Ausführung genutzt wird, § 7 Abs. 1 Satz 1 TelwegG. Die Planfeststellung nach dem TelwegG bzw. nach dem Gesetz zur Vereinfachung des Planverfahrens für Fernmeldelinien ²⁾ unterscheidet sich von der Planfeststellung nach den Verkehrsgesetzen des Bundes. Es endet nicht mit einem Planfeststellungsbeschluß, sondern nach § 8 TelwegG kann mit der Ausführung des Planes begonnen werden, wenn nicht innerhalb von vier Wochen von den Beteiligten ³⁾ Einspruch erhoben wird. Die Wirkung der Planfeststellung unterscheidet sich aber nicht von der nach den anderen Fachplanungsgesetzen ⁴⁾.

Bei den Telegrafenlinien handelt es sich regelmäßig um öffentliche Bauten, denn Bauherr ist wegen § 1 Abs. 1 Satz 1, § 2 Abs. 1 Satz 1 FernmG grundsätzlich der Bund. Aus § 7 Abs. 1 Satz 2 TelwegG ergibt sich, daß zu den Telegrafenlinien, die wegen § 1 Abs. 2 TelwegG die Fernsprechklinien umfassen, die oberirdischen Leitungen sowie die Stangen gehören. Zu den Anlagen im Sinne des § 1 Abs. 1 TelwegG gehört darüber hinaus das gesamte Zubehör der Fernmeldelinien der Deutschen Bundespost, wie Linienverzweiger, Endverzweiger, Kabelschächte usw. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, der

1) Öffentliche Wege, Brücken und Gewässer nebst der dem öffentlichen Gebrauch dienenden Ufer, § 1 Abs. 1 Satz 2 TelwegG.

2) Vom 24.9.35, RGBI I S. 1177.

3) Vgl. § 7 Abs. 2, 3 TelwegG.

4) Aubert, Fernmelderecht, S. 320 f.

nicht von Leitungen, sondern von Linien spricht ¹⁾.

Ob Telefonzellen zu den Fernsprechlinien gehören, ist streitig. ²⁾ Bei Anlegung der bei der Behandlung der anderen Fachplanungsgesetze des Bundes gewonnenen Kriterien ist die Zelle Bestandteil der Fernmeldelinie, weil sie die öffentliche Sprechstelle, die Bestandteil der Linie ist ³⁾, in sich aufnimmt. Nach diesem Abgrenzungskriterium ist die Errichtung und wesentliche Änderung einer Telefonzelle planfeststellungspflichtig. Wird eine Telefonzelle unwesentlich geändert oder beseitigt, so ist dieses Vorhaben nicht planfeststellungspflichtig. Es könnte nach den Bauordnungen der Länder zustimmungsbedürftig sein. Nach den Bauordnungen der Länder entfallen zwar für Anlagen des Fernmeldewesens Baugenehmigung bzw. Zustimmung ⁴⁾, jedoch nicht für Gebäude. Da es sich bei der Zelle um ein Gebäude im Sinne des Bauordnungsrechts der Länder handelt ⁵⁾, unterliegt es der Zustimmungspflicht ⁶⁾. Die Zustimmung setzt aber voraus, daß das Vorhaben genehmigungsbedürftig ist ⁷⁾ Wegen des geringen Umfanges eines solchen Gebäudes lassen die Bauordnungen regelmäßig die Genehmigungspflicht für ein solches Vorhaben entfallen ⁸⁾.

Unwesentliche Änderungen vorhandener Anlagen sind nicht planfeststellungspflichtig, wie sich aus § 7

1) Aubert/Klingler, Fernmelderecht II, S. 47.

2) Bejahend: Aubert/ Klingler, aaO, S. 47 mwN; VG Minden, U.v. 25.7.67 - 2 K 520/67 - ArchPF 68, 619; Aubert, Urteilsanm., ArchPF 68, 622. Verneinend: Ganschezian-Fink, NJW 57, 285 (286).

3) Aubert/Klingler, aaO, S. 47.

4) Dazu oben A II 1 a, z.B. § 100 Abs. 1 Nr.3 BauOBln.

5) Z.B. § 2 Abs. 3 BauOBln.

6) Z.B. § 100 Abs. 1 Nr. 3 BauOBln.

7) Z.B. § 99 Abs. 1 Satz 1 BauOBln.

8) Z.B. § 81 Abs. 1 Nr. 1 BauOBln.

Abs. 1 Satz 1 TelwegG ergibt. Sie sind zustimmungsbedürftig, soweit sie der Genehmigungspflicht unterliegen. Für Leitungen besteht in einigen Bundesländern keine Baugenehmigungspflicht; die Bauordnungen erklären sich auf diese Art von Anlagen für nicht anwendbar ¹⁾. In allen Bundesländern sind Anlagen des Fernmeldewesens unter bestimmten Voraussetzungen vom Verfahrensrecht freigestellt ²⁾.

Der Abriß der Telegrafenzentralen unterliegt nicht der Planfeststellung. Vom Verfahrensrecht der Landesbauordnungen für die Anlagen des Fernmeldewesens sind die Telegrafenzentralen nicht befreit, da sie im Zeitpunkt des Abrisses diese Funktion nicht mehr erfüllen; diese Baumaßnahme setzt vorherige Entwidmung voraus. Der Abriß der Telegrafenzentralen ist zustimmungspflichtig.

hh) Ortsfeste Abfallbeseitigungsanlagen

Errichtung und wesentliche Änderung einer Abfallbeseitigungsanlage unterliegen der Planfeststellung, § 7 Abs. 1 AbfG. Abfallbeseitigungsanlagen sind Deponien, Verbrennungs- und Kompostierungsanlagen ³⁾ und nach § 5 AbfG die ihnen gleichgestellten Anlagen, die der Lagerung oder Behandlung von Autowracks oder Altreifen dienen. Die Verpflichtung zur Abfallbeseitigung trifft nach § 3 Abs. 2 AbfG Körperschaften des öffentlichen

1) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 3 BayBO.

2) Dazu oben A VI 1.

3) Hösel/v.Leisner, Abfallbeseitigung, § 7 AbfG, Kz. 1170, RdNr. 7 iVm § 4, Kz. 1140, RdNr. 5 ff.

Rechts oder Private, die das Landesrecht bestimmt. Bund oder Länder kommen folglich als Bauherren solcher Anlagen nicht in Betracht.

In Bremen und Bayern genießen außer dem Bund und den Ländern andere Gebietskörperschaften die Privilegien eines öffentlichen Bauherrn. Das sind in Bremen die Gemeinden, § 106 Abs. 1 Satz 1 BremLBO, in Bayern die Bezirke, Art. 86 Abs. 1 Satz 1 BayBO. In Bremen sind die Gemeinden mit der Abfallbeseitigung betraut ¹⁾. Hier ersetzt die Planfeststellung nach § 26 Abs. 1 Satz 1 AbfG die Zustimmung für die Errichtung und die wesentliche Änderung einer Abfallbeseitigungsanlage. Unwesentliche Änderungen und der Abriß einer solchen Anlage sind zustimmungspflichtig. Das gilt auch für Deponien, obwohl es sich bei ihnen nicht um bauliche Anlagen handelt; die Bremische Bauordnung behandelt sie aber wie solche, § 2 Abs. 2 Nr. 4 BremLBO. Die Zustimmungsbedürftigkeit hängt allerdings in diesen Fällen davon ab, ob die Maßnahme der Baugenehmigungspflicht unterliegt. Diese Pflicht kann nach der gemäß § 87 Abs. 2 BremLBO ergangenen Verordnung über die Freistellung baulicher Anlagen von der Baugenehmigungsbedürftigkeit und die Beschränkung der Überprüfung von Vorhaben ²⁾ entfallen.

In Bayern sind die Kreise mit der Abfallbeseitigung betraut ³⁾, für die in Bayern kein besonderes bauaufsichtliches Verfahrensrecht besteht.

1) § 1 Abs. 1 Satz 1 des Bremischen Ausführungsgesetzes zum AbfG vom 28.1.75, BremGBI S. 55.

2) Vom 23.7.79, BremGBI S. 317.

3) Art. 2 Abs. 1 Satz 1 des Bayerischen Abfallgesetzes v. 25.6.73, GVBl S. 324, zuletzt geändert durch Gesetz v. 4.5.82, GVBl S. 236.

ii) Anlagen des Bundes zur Sicherstellung und Endlagerung radioaktiver Abfälle

Für die Errichtung und wesentliche Änderung der Anlagen des Bundes zur Sicherstellung und Endlagerung radioaktiver Abfälle, also einem öffentlichen Bauvorhaben im Sinne des Landesbauordnungsrechts, ist die Planfeststellung vorgeschrieben, § 9 b iVm § 9 a Abs. 3 AtG.

Eine Rechtsverordnung nach § 12 Abs. 1 Nr. 9 AtG, die bestimmt, wie die radioaktiven Abfälle in den Anlagen des Bundes sicherzustellen und zu lagern sind, ist bisher nicht ergangen. Das Entsorgungskonzept der Bundesregierung für Kernkraftwerke sieht die Endlagerung am Ort eines Salzstockes nach dessen bergmännischer Erschließung vor ¹⁾. Dem Entsorgungsbericht der Bundesregierung ist zu entnehmen, daß ein solches Vorhaben grundsätzlich technisch realisierbar ist ²⁾. Da es sich bei der Anlage nicht um eine bauliche, sondern im wesentlichen um einen künstlichen Hohlraum unter der Erdoberfläche handelt, gilt das Bauordnungsrecht nur dann, wenn die jeweilige Bauordnung solche Anlagen wie bauliche behandelt ³⁾.

In Niedersachsen, wo ein Endlager in Gorleben errichtet werden soll ⁴⁾, wird ein künstlicher Hohlraum unter der Erdoberfläche als bauliche Anlage gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 NBauO fingiert; die dafür erforderliche Zustimmung wird durch die Planfest-

1) BT Drs. 7/3871, S. 18.

2) Anl. 2 zu BT Drs 8/1281.

3) z.B. § 2 Abs. 2 Satz 3 BauOBln, anders Bayern: vgl. Art. 2 Abs. 1 BayBO.

4) Der Planfeststellungsantrag wurde am 28.7.77 von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt gestellt, vgl. Haedrich in: Dtsch.Bundesrecht, III E 50, Erl. 5 zu § 9 a AtG.

feststellung ersetzt, vgl. § 9 Abs. 5 AtG iVm § 26 Abs. 1 Satz 1 AbfG. Unwesentliche Änderungen und die Beseitigung dieser Anlage wären zustimmungspflichtig, da die Maßnahmen genehmigungsbedürftig sind, § 68 iVm § 69 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 NBauO.

jj) Gewässer, Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluß beeinflussen

Der Ausbau eines Gewässers, gesetzlich definiert in § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG als Herstellung, Beseitigung oder wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer, ist planfeststellungspflichtig, § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG. Entsprechendes gilt für Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluß beeinflussen, denn sie stehen gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 WHG dem Ausbau gleich.

Wer ausbaubefugt, also als Bauherr in Betracht kommt, ist dem WHG nicht zu entnehmen. Es ergibt sich aus den das Rahmengesetz ausfüllenden Wassergesetzen. Dort werden der "Ausbauunternehmer" ¹⁾, der mangels einer näheren Bestimmung jedermann, also auch ein öffentlicher Bauherr sein kann, oder der "Unterhaltsverpflichtete" ²⁾ genannt. Als Unterhaltsverpflichtete kommen die Länder ³⁾ und folglich die nach dem WHG planfeststellungspflichtigen Vorhaben als öffentliche Bauten in Betracht.

Zum Ausbau zählen alle Maßnahmen, die darauf ab-

1) § 50 des Berliner Wassergesetzes v.23.2.60, GVBl S. 133, zul.geänd.d.Ges.v.30.1.79, GVBl S. 183; § 100 Abs. 1 des Niedersächsischen Wassergesetzes idF v. 1.12.70, GVBl S. 457, zul.geänd.d.Ges.v.17.11.81, GVBl S. 347.

2) § 63 Abs. 1 Satz 1 des Wassergesetzes von Baden-Württemberg idF v.26.4.76, GB1 S.369, ber.S.532, zul.geänd.d.Ges.v.6.4.82, GB1 S.97; § 62 Abs. 1 des Hessischen Wassergesetzes idF v.12.5.81, GVBl I 81, S. 154.

3) Vgl. §§ 63 Abs. 4 WasserG BW, 47 Nr. 1 Hess.WG.

zielen, den Gewässerbestand in wasserwirtschaftlicher Zielrichtung zu verändern, insbesondere die erstmalige Herstellung von Hochwasserrückhaltespeichern, Trinkwasserspeichern u.ä., Zuschütten eines Seitenarmes zum Zweck des Hochwasserschutzes, Schiffbarmachung eines Gewässers. Es gehören dazu auch alle Handlungen, bei denen der Erfolg der vorher angeführten Maßnahme als Nebenfolge eintritt, z.B. die Errichtung eines Werkkanals, eines auf Dauer angelegten Baggersees ¹⁾. Die Planfeststellungspflicht von Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluß beeinflussen, setzt nicht voraus, daß mit der Errichtung dieser Anlagen der Zweck verfolgt wird, den Hochwasserabfluß zu beeinflussen; die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit genügt, also fällt z.B. auch ein Straßendamm darunter ²⁾.

Mit den planfeststellungspflichtigen Maßnahmen nach § 31 WHG werden zum Teil keine baulichen Anlagen geschaffen. Da jedoch Aufschüttungen und Abgrabungen von den Bauordnungen wie bauliche Anlagen behandelt werden ³⁾, ist auch für sie das Verfahrensrecht der Bauordnungen beachtlich. Der hiernach erforderlichen Baugenehmigung oder Zustimmung bedarf es allerdings dann nicht, wenn ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt worden ist, da der Planfeststellungsbeschluß die Baugenehmigung oder die Zustimmung ersetzt. Das ergibt sich aus der Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses, die die Wassergesetze der Länder ⁴⁾ bzw. die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder es anordnen.

1) Beispiele bei Sieder-Zeitler u.a., Komm.WHG, § 31, Rdnr. 7, 8.

2) Sieder-Zeitler u.a., aaO, Rdnr. 9.

3) Z.B. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 BayBO, § 2 Abs. 2 Satz 3 BauOBln.

4) Z.B. § 54 Abs. 1 des Berliner, § 48 Abs. 5 des Hamburgischen Wassergesetzes v.20.6.60, GVBl.S.335.

Der Ausbau, das heißt die Herstellung, Beseitigung oder wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer kann ohne vorherige Durchführung einer Planfeststellung genehmigt werden, wenn mit Einwendungen nicht zu rechnen ist, § 31 Abs. 1 Satz 3 WHG. Diese Plangenehmigung macht in einigen Bundesländern die Durchführung eines Baugenehmigungsverfahrens überflüssig, weil eine beschränkte Ersetzungswirkung angeordnet ist ¹⁾, in anderen Bundesländern ist die Baugenehmigung bzw. Zustimmung daneben einzuholen, da die Plangenehmigung dort keinerlei Konzentrationswirkung entfaltet ²⁾.

Das Verfahrensrecht der Landesbauordnungen könnte ebenfalls zur Anwendung kommen bei unwesentlichen Änderungen des Gewässers oder seiner Ufer, soweit es sich dabei um Bauvorhaben handelt, denn für solche Maßnahmen ist die Planfeststellung nicht angeordnet, § 31 Abs. 1 Satz 1 WHG. Zu beachten ist dabei, daß die Bauordnungen Anlagen, die dem Ausbau eines Gewässers dienen, unter bestimmten Voraussetzungen vom Verfahrensrecht befreit haben ³⁾. Selbst wenn dabei die jeweilige Vorschrift ausdrücklich eine "bauliche" Anlage für die Freistellung voraussetzt ⁴⁾, ist davon auszugehen, daß damit auch die gesetzlichen Fiktionen baulicher Anlagen gemeint sind, daß also auch Aufschüttungen und Abgrabungen darunter fallen. Liegen die Voraussetzungen einer solchen verfahrensrechtlichen Freistellung vor,

1) Nach § 128 des Niedersächsischen Wassergesetzes idF v.28.10.82, GVBl S. 425, geänd.d.Ges.v.23.6.82, GVBl S. 219 "enthält" die Genehmigung die Baugenehmigung.

2) Z.B. § 49 des Hamb.Wassergesetzes.

3) Z.B. Art. 87 Abs. 1 Nr. 1 BayBO, § 100 Abs. 1 Nr.2 BauOBl.

4) Z.B. § 100 Abs. 1 Nr. 2 BauOBl.

entfällt die Verpflichtung, das Zustimmungsgesuch zu stellen.

kk) Gemeinschaftliche Anlagen der Flurbereinigung

Welche Vorhaben in der Planfeststellung nach § 41 Abs. 3, 5 FlurbG für zulässig erklärt werden, ist der Vorschrift nicht eindeutig zu entnehmen. Aus § 41 Abs. 4 Satz 2 FlurbG ergibt sich, daß Änderungen und Erweiterungen grundsätzlich planfeststellungspflichtig sind; der nach § 41 Abs. 1 FlurbG aufzustellende Plan über die gemeinschaftlichen und öffentlichen Anlagen setzt also bereits vorhandene Anlagen voraus. Auch die Beseitigung derselben kann Gegenstand der Planfeststellung sein, da § 39 Abs. 2 FlurbG die Einziehung vorhandener Anlagen als Aufgabe der Flurbereinigung nennt. § 39 Abs. 1 FlurbG ist zu entnehmen, daß die Schaffung gemeinschaftlicher Anlagen ebenso zu den Aufgaben der Flurbereinigung gehört, so daß auch die Errichtung dieser Anlagen der Planfeststellung nach § 41 Abs. 3, 5 FlurbG unterliegt.

Fraglich ist weiter, welche Arten von Bauwerken bei der Flurbereinigung in Betracht kommen. Der Plan nach § 41 Abs. 1 FlurbG enthält die "gemeinschaftlichen" und "öffentlichen" Anlagen. Da die Herstellung der öffentlichen Anlagen nicht zur Flurbereinigung gehört ¹⁾, weil § 40 FlurbG vorschreibt, daß für diesen Zweck lediglich Land zur Verfügung gestellt werden kann, unterliegen solche Vorhaben nicht der Planfest-

1) Quadflieg, Recht der Flurbereinigung, § 37, Anm.44.

stellung nach dem FlurbG, sondern nach den für sie maßgeblichen Fachplanungsgesetzen ¹⁾. Die Planfeststellung erfaßt also nur die Errichtung der gemeinschaftlichen Anlagen, wozu auch Änderungen und Erweiterungen an vorhandenen Anlagen und deren Beseitigung gehören.

Als gemeinschaftliche Anlagen definiert § 39 Abs. 1 FlurbG die Anlagen, die der gemeinschaftlichen Benutzung oder einem gemeinschaftlichen Interesse dienen. "Gemeinschaftlich" im Sinne dieser Vorschrift bezeichnet den Zweck der Anlagen; sie sind den Teilnehmern der Flurbereinigung zu dienen bestimmt ²⁾. Teilnehmer am Flurbereinigungsverfahren sind nach § 10 Nr. 1 FlurbG die Eigentümer der zum Flurbereinigungsgebiet gehörenden Grundstücke und die ihnen in der Vorschrift gleichgestellten Erbbauberechtigten. Die Herstellung der gemeinschaftlichen Anlagen obliegt grundsätzlich der Teilnehmergeinschaft, § 42 Abs. 1 Satz 1 FlurbG, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, § 16 Satz 2 FlurbG. Die Herstellung kann aber auch "ein anderer" übernehmen, § 42 Abs. 1 Satz 1 FlurbG. Das kann ein einzelner Teilnehmer, ein Nebenbeteiligter gemäß § 10 Nr. 2 FlurbG oder ein Nichtbeteiligter ³⁾, also jedermann sein. Folglich ist es möglich, daß ein öffentlicher Bauherr die Herstellung der gemeinschaftlichen Anlagen übernimmt. Als gemeinschaftliche Anlagen nennt das FlurbG beispielhaft Wege, Straßen und Gewässer, § 39 Abs. 1 Satz 1. Daneben kommen Mauern, Brücken, Durchlässe,

1) BVerwG, U.v.26.11.81 - 5 C 72.80 - E 64, 232 (234).

2) Seehusen/Schwede, Komm.FlurbG, § 39, Rdnr. 1, S.156.

3) Steuer, Komm.FlurbG, § 42, Anm. 9, S. 257.

Rohrleitungen, Über- und Unterführungen, Stützmauern, Schöpfwerke, Polder, Siele, Sickerschächte ¹⁾, Kies- und Mergelgruben, Steinbrüche, Stauweiher und Rückhaltebecken ²⁾ in Betracht, also neben baulichen auch solche Anlagen, die das Landesrecht als bauliche Anlagen fingiert.

Wenn mit Einwendungen gegen den Plan nicht zu rechnen ist oder Einwendungen nicht erhoben bzw. nachträglich ausgeräumt werden, kann die Planfeststellung entfallen und der Plan ohne Durchführung dieses Verfahrens genehmigt werden, § 41 Abs. 4 Satz 1 FlurbG. Da die Plangenehmigung keine Konzentrationswirkung entwickelt ³⁾, ist für das Vorhaben das Zustimmungsverfahren durchzuführen, wenn der Staat Bauherr ist und das Vorhaben baugenehmigungspflichtig ist. Entsprechendes gilt, wenn die Planfeststellung wegen unwesentlicher Bedeutung der Änderung und Erweiterung vorhandener Anlagen gemäß § 41 Abs. 4 Satz 2 FlurbG entfällt.

4. Verbleibender Anwendungsbereich des Zustimmungsverfahrens

Durch die die Baugenehmigung ersetzenden Genehmigungen nach anderen Gesetzen wird der Kreis der zustimmungspflichtigen Bauvorhaben praktisch nicht berührt, weil Adressaten der Genehmigungspflicht in der Regel Private sind. Die Planfeststellung betrifft dagegen regelmäßig Bauvorhaben der öffentlichen Hand, häufig auch den Bund oder die Länder als Träger. Errichtung

-
- 1) Empfehlung der Arbeitsgemeinschaft Flurbereinigung "Der Plan über die gemeinschaftlichen und öffentlichen Anlagen in der Flurbereinigung", auszugsweise abgedruckt bei Quadflieg, Recht der Flurbereinigung, Erl. Nr. 35 zu § 41 FlurbG.
 - 2) Seehusen/Schwede, Komm.FlurbG, § 40, Rdnr.4, S.159.
 - 3) Dazu oben A VI 3 b - ee.

und Änderung der wichtigsten öffentlichen Bauten ist daher nicht zustimmungspflichtig. Raum für das Zustimmungsverfahren bleibt nur für die unwesentlichen Änderungen dieser Anlagen und ihren Abriß, wobei letzteres nicht für die Wasserbauten nach dem WaStrG und dem WHG gilt.

Dem Zustimmungsverfahren unterworfen bleiben im wesentlichen nur Verwaltungsgebäude, Parlamentsgebäude, Gerichtsgebäude des Bundes und der Länder, Postämter, Hochschulgebäude des Bundes (z.B. der Bundeswehr), Gebäude von Landeskrankenhäusern, Forschungsstätten des Bundes und der Länder, Kasernen, Bundeswehrkasinos, Wohnhäuser für Staatsbedienstete, Gebäude der Deutschen Bundesbank und ähnliche Anlagen. Es ist möglich, daß dieser Kreis eine weitere Einschränkung durch den Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern erfährt.

VII. Zur Bindung des hoheitlich handelnden Bundes an das Verfahrensrecht der Länder

Soweit Vorhaben des Bundes zustimmungspflichtig sind, wird die Frage nach der Polizeipflicht eines Hoheitsträgers gestellt ¹⁾. Das setzt voraus, daß die Unterwerfung unter das Zustimmungsverfahren ein polizeilicher Eingriff ist, daß der Grundsatz des Verbotes des polizeilichen Eingreifens in die Hoheitsausübung des Bundes in dieser Form überhaupt beachtlich ist und daß ein solcher Grundsatz auf die Bautätigkeit des Bundes Anwendung findet.

1) Die Zustimmungsregelungen werden nur auf den privatrechtlich bauenden Bund für anwendbar gehalten von Dörge, DÖV 61, 527 (528); Schack, Urteilsanm., DVBl 67, 293 (294), wohl auch von Wolff/Bachof, VerwR I, § 23 I b, S. 108.

Der Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens in die Zuständigkeitsbereiche eines Hoheitsträgers ist auf die Rechtsprechung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts ¹⁾ zurückzuführen. Dieser Grundsatz wird heute dahingehend verstanden, daß Gefahren, für die eine Verwaltungsbehörde verantwortlich ist, grundsätzlich nicht mit polizeilichen Anordnungen gegen die verantwortliche Behörde bekämpft werden dürfen, wenn und soweit dadurch in deren hoheitliche, das heißt öffentlich-rechtlich geregelte Zuständigkeit eingegriffen werden würde ²⁾. Dieser Grundsatz wurde regelmäßig nur auf der Ebene der Exekutive und nur im Zusammenhang mit Vorschriften relevant, die jedermann verpflichteten. Dabei trat das Problem auf, ob "jedermann" auch eine hoheitlich handelnde Behörde sein konnte ³⁾. In diesen Fällen war die Frage der Polizeipflicht ein Problem der Auslegung des einfachen Rechts.

Beim Zustimmungsverfahren stellt sich die Frage möglicherweise anders. Die Vorschriften sprechen direkt den "Bund" an. Daher ist nach dem Wortlaut der Landesbauordnungen der Bund unzweifelhaft den Zustimmungsvorschriften unterworfen. Es scheint daher hier darauf anzukommen, ob das Verbot des Eingreifens in die Hoheitsbefugnisse des Bundes auch den Gesetzgeber bindet oder ob der Gesetzgeber die Polizeipflicht von Hoheitsträgern anordnen darf. Sollte das dem Gesetzgeber verwehrt sein, so kann das Zustimmungsverfahren auf den Bund nur dann angewandt werden, wenn er privatrechtlich baut. Zwar wird die Auffassung vertreten,

1) Erstmals im U.v.5.5.1877 - Rep. C 94/77 - E 2,399 ff.

2) Drews/Wacke u.a., Gefahrenabwehr II, S. 126; Rasch, Polizei- und Ordnungsrecht, RdNr. 10, S. 96.

3) Vgl. die Nachweise bei Drews/Wacke u.a., aaO, S. 126 f.

der Grundsatz sei geeignet, auch den Gesetzgeber zu binden ¹⁾, was aber angezweifelt werden muß ²⁾, denn der Gesetzgeber unterliegt ausschließlich der Verfassung, und als Verfassungsrecht wird der Grundsatz nicht bzw. nur von einzelnen Vertretern des Schrifttums ³⁾ gehalten. Geht man davon aus, der Grundsatz binde den Gesetzgeber nicht, stellt sich aber auch hier das Problem der Gesetzesanwendung: Der Wortlaut der Zustimmungsvorschriften läßt sich zwar dafür anführen .., daß es nicht darauf ankommen soll, ob der .. Bund hoheitlich oder privatrechtlich baut, doch sind die Regelungen insoweit nicht eindeutig. Denkbar ist, daß nur der privatrechtlich bauende Bund Adressat des Zustimmungsverfahrens ist und die hoheitliche Bautätigkeit diesem Verfahren nicht unterliegt.

1. Bauen als hoheitliche Tätigkeit

Voraussetzung dafür, daß es bei der Bautätigkeit des Bundes auf den Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber hoheitlichem Handeln ankommen könnte, ist zunächst, daß Bauen Ausübung von Hoheitsgewalt sein kann.

Es wird die Auffassung vertreten, die Bautätigkeit, auch des Staates, sei immer fiskalischer Natur ⁴⁾.

1) Dörge, DÖV 61, 527 (529); Schack, Urteilsanm., DVBl 67, 292 (294 f.); Kölble, DÖV 62, 661 (666).

2) Brohm, DÖV 83, 525 (530).

3) Schack, Urteilsanm., DVBl 67, 293 (294); Kölble, DÖV 62, 661 (666).

4) Vgl. Schwabe, DVBl 73, 103 (106 re.Sp.); Schack, Urteilsanm., DVBl 67, 293 (294 li.Sp.); Mang/Simon, Komm.BayBO, Art.103 a.F., Rdnr. 10, nicht mehr in der Komm.d.Neufassung der Vorschrift in Art.86; Gädtke/Temme, Komm.BayONW, § 97, Zu Abs.8, S.644; V.Mangoldt/Klein, Komm.GG III, Anm. III 4 b ff. iVm d zu Art. 87 b GG, S. 2352 und 2354: Bei der Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte handele die Bundeswehr fiskalisch, und das Bauwesen diene der unmittelbaren Deckung des Sachbedarfs; ähnlich v.Münc in: Allg.VerwR, § 2 III 2, S.27 zum Bau einer Schule.

Wenn das richtig ist, kommt es auf den Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern bei den Zustimmungsregelungen nicht an.

Es wird aber auch die gegenteilige Auffassung vertreten; danach ist die Bautätigkeit des Staates als Ausübung von Hoheitsgewalt denkbar ¹⁾. In hoheitlicher Form können alle Aufgaben ausgeführt werden, die ihre Grundlage im öffentlichen Recht haben. Nach der modifizierten Subjektstheorie zur Abgrenzung von privatem zum öffentlichen Recht ²⁾ gehört eine Tätigkeit der Verwaltung dann dem öffentlichen Recht an, wenn ein Rechtssatz die Ausführung des Vorhabens ausschließlich einem Hoheitsträger vorbehält ³⁾.

Dem öffentlichen Recht gehören demnach beispielsweise der Bau von Bundesfernstraßen wegen § 5 Abs. 1 FStrG, die Errichtung von Fernmeldeanlagen wegen § 1 Abs. 1 Satz 1 FernmG, der Aus- und Neubau von Bundeswasserstraßen wegen § 12 WaStrG ⁴⁾, die Errichtung von Anlagen zur Sicherstellung und Endlagerung radioaktiver Abfälle wegen § 9 b iVm 9 a Abs. 3 AtG und die Errichtung und Änderung von Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn wegen § 1 iVm § 36 BbG, an. Für zahlreiche Vorhaben schreibt dagegen kein Gesetz vor, daß ausschließlich ein Hoheitsträger sie ausführen darf, wie z.B. für die Verwaltungsgebäude und Postämter. Wo Sonderrecht fehlt, so könnte man fol-

1) BVerwG, U.v.30.7.76 - IV A 1/75 - NJW 77, 163; OVG Münster, B.v. 24.11.67 - OVGE 23, 272 (277); BGH, U.v.18.5.67 - III ZR 94/65 - VersR 67, 859 (860); U.v. 2.6.69 - III ZR 224/67 - DVBl 69,623; OLG Düsseldorf, U.v.3.6.71 - 18 U 191/69 - VersR 72, 158 f.; Scholz, DVBl 68, 732 (735); Blumenwitz, AÖR 96 (1971), 161 (176).

4) BGH, U.v. 15.11.82 - II ZR 206/81 - BGHZ 86, 152 (158).

gern, kann die Bautätigkeit nicht dem öffentlichen Recht angehören und folglich auch nicht hoheitlich ausgeführt werden. Da aber nicht die Ansicht vertreten wird, die sogenannte gesetzesfreie Verwaltung¹⁾ werde ausschließlich in privatrechtlicher Form wahrgenommen, muß auch hier eine Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht nach der modifizierten Subjektstheorie vorgenommen werden.

Ein Realakt - und dazu gehört die Bautätigkeit - gehört dann dem öffentlichen Recht an, wenn die Aufgabe, deren Erfüllung er dient, öffentlich-rechtlich geordnet ist²⁾ und Anzeichen fehlen, die Aufgabe werde privatrechtlich erfüllt. Da die Errichtung baulicher Anlagen keine Eingriffs-, sondern Leistungsverwaltung ist, hat der Bund die Wahl, ob er diese Aufgabe in der Form des öffentlichen oder des privaten Rechts erledigen will³⁾. Der Bau eines Postamtes durch den Bund als Bauherrn ist demnach öffentlich-rechtlich zu beurteilen, wenn Hinweise fehlen, die für privatrechtliches Handeln sprechen. Privatrechtlich wäre das Handeln zu beurteilen, wenn der Staat mit einem privaten Unternehmer einen Werkvertrag zur Ausführung des Vorhabens schliesse. Führt der Bund den Bau unter der Leitung seiner Bauverwaltung aus, ist die Bautätigkeit öffentlich-rechtlich, das heißt schlicht-hoheitlich zu qualifizieren, denn das Bauwerk soll der Post zur Erfüllung einer Aufgabe dienen, die öffentlich-rechtlich geordnet ist. Aus § 2 Abs. 1 PostG ergibt sich, daß ausschließlich die Post Sendungen mit schriftlichen Mitteilungen oder sonstigen Nachrichten von Person zu Person entgeltlich befördern darf.

-
- 1) Vgl. BVerfG, "Fernseh"-U.v.28.2.61 - 2 BvG 1,2/60 - E 12, 205 (246 f.)
 - 2) Wolff/Bachof, VerwR I, § 22 III b 3, S. 102; Erichsen/Martens in: Allg. VerwR, § 34, S. 230.
 - 3) Wolff/Bachof, aaO, § 23 I b, S. 105.

Es ist also nicht ausgeschlossen, daß der Bund bei seiner Bautätigkeit hoheitlich handelnd auftritt. Das bedeutet, daß es auf den Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern ankommen kann.

2. Verfahrensregelungen als Eingriffe

Um beachtlich im Sinne des Grundsatzes von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern zu sein, müßte bereits die Unterwerfung unter das Verfahrensrecht der Landesbauordnungen einen Eingriff in die hoheitliche Tätigkeit des Bundes enthalten. Daran könnte man beim Zustimmungsverfahren deshalb zweifeln, weil dieses Verfahren gegenüber dem Genehmigungsverfahren Erleichterungen vorsieht. Dem steht jedoch entgegen, daß - wie bei der Baugenehmigung - ohne die Zustimmung mit dem Bau nicht begonnen werden darf ¹⁾ und es sich folglich wie bei dem Verbot des Bauens ohne Baugenehmigung ²⁾ um ein sogenanntes präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt ³⁾. Solche Verfahrenshandhaben stellen einen Eingriff im Sinne des genannten Grundsatzes dar ⁴⁾.

3. Anwendbarkeit des Verfahrensrechts auf den hoheitlich bauenden Bund

Da die Unterwerfung unter das Zustimmungsverfahren einen Eingriff im Sinne des Grundsatzes von der Un-

1) Vgl. § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 7 BauOBl; Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 159, S. 411.

2) Zur Vergleichbarkeit: Brohm, Landeshoheit, S. 48; Schack, Urteilsanm., DVBl 67, 293 (294).

3) Zur Rechtsnatur der Baugenehmigung als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 48 II a 1 c, S. 403.

4) Schack, Urteilsanm., aaO, S. 284.

zulässigkeit polizeilichen Einschreitens gegen Hoheitsträger bedeutet, liegt es nahe, die Vorschriften nur dann anzuwenden, wenn der Bund nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich baut. Dafür könnte auch die Freistellung der Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, vom Zustimmungsverfahren sprechen, die lediglich der höheren Verwaltungsbehörde zur Kenntnis zu bringen sind ¹⁾. Da die Errichtung von Verteidigungsanlagen wegen Art. 87 b GG dem öffentlichen Recht angehört, keine Eingriffs-, sondern Leistungsverwaltung ist, hat auch hier der Bund die Wahl, ob er diese Aufgabe öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich erfüllt. Da sie zumindest auch in hoheitlicher Form erledigt wird ²⁾, könnte die verfahrensrechtliche Freistellung des Bundes bei der Errichtung dieser Anlagen Ausdruck dafür sein, daß der Gesetzgeber den Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens in hoheitliches Handeln beachtet hat ³⁾. Wenn das richtig wäre, käme eine analoge Anwendung dieser Regelung auf jede hoheitliche Bautätigkeit in Betracht ⁴⁾ und das Zustimmungsverfahren bliebe der privatrechtlichen Bautätigkeit des Bundes vorbehalten ⁵⁾. Gegen eine Analogie spricht - eine unbeabsichtigte Regelungslücke unterstellt - der keiner erweiternden Interpretation zugängliche Wortlaut der Vorschrift ⁶⁾. Darüber hinaus ist es auch nicht zwingend, daß die verfahrensrechtliche Freistellung der Anlagen der un-

1) Z.B. § 111 Abs. 7 HBauO.

2) BVerwG, U.v.22.4.66 - IV A 1.65 - DVBl 67, 292 (293); OVG Münster, B.v.24.11.67 - X B 627/67 - OVG 23, 272 (277); Böhm, DÖV 62, 257 (258); Dörge, DÖV 61, 527 (528).

3) OVG Münster, aaO, S. 277; Dörge, aaO, S. 528.

4) Dörge, aaO S. 529; er sieht jedoch bereits in der Mitteilungspflicht einen Eingriff.

5) Dörge, aaO, S. 528; Schack, Urteilsanm., DVBl 67, 293 (294); unklar Wolff/Bachof, VerwR I, § 23 I b, S. 108 ob ausschließlich oder auch auf die fiskalische Bautätigkeit anwendbar.

6) Rößler, Komm. LBO BW, S. 490.

mittelbaren Landesverteidigung mit der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern zu begründen ist. Überwiegend wird der Grund für die verfahrensrechtliche Freistellung in der Achtung der Länder vor dem Interesse des Bundes an der Geheimhaltung dieser Anlagen ¹⁾ gesehen. Hält man folglich das Zustimmungsverfahren der Bauordnungen auf alle anderen hoheitlich ausgeführten Bauvorhaben des Bundes für anwendbar, was der wohl herrschenden Auffassung entspricht ²⁾, stellt sich die Frage, wie dieser Befund mit dem Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Einschreitens gegenüber hoheitlicher Tätigkeit zu vereinbaren ist.

Es ist zu prüfen, ob der Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern überhaupt beachtlich ist. Gegen den Grundsatz wird von Teilen der Lehre eingewandt, er sei nicht praktikabel; ob eine Behörde bei einer konkreten Tätigkeit hoheitlich oder privatrechtlich handelt, sei kaum zu unterscheiden ³⁾. Darüber hinaus könne die Verwaltung sich in vielen Bereichen die Rechtsform ihres Handelns selbst aussuchen, so daß es auf die Unterscheidung nach dem Begriffspaar hoheitlich/privatrechtlich mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht ankommen dürfe ⁴⁾. Schließlich wird eingewandt, daß die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und fiskalischer Tätigkeit nur die Rechtsbeziehungen des Hoheitsträgers zu außenstehenden Dritten

1) Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 160, S. 413; Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 9, S. 557; Gädtke/Temme, Komm.BauONW, § 97, zu Abs. 7, S. 643; Proksch, Bauordnungsrecht, S. 196; Ernst in: Ernst/Hoppe, Öff.Bau-u-Bodenrecht, Rdnr. 912, S. 540.

2) Scholz, DVBl 68, 732 (735); Blumenwitz, AÖR 96 (1971), 161 (176); Götz, Polizeirecht, S. 108; BVerwG, U.v.30.7.76 - IV A 1/75 - NJW 77, 163; OVG Münster, B.v.24.11.67 - X B 627/67 - DVBl 68, 526; OVG Hamburg, B.v.15.12.81 - Bs II 32/81 - BauR 82, 259 (260 LS 1).

3) Kölble, DÖV 62, 661 (662); Böhm, DÖV 62, 257; Wagner, Polizeipflicht, S.86; Rudolf, Polizei, S.20; Brohm, Landeshoheit, S. 40.

4) Scholz, DVBl 68, 732 (737 Fn. 79); Wagner, aaO S. 86

betreffe, nicht jedoch das Verhältnis der Behörden untereinander ¹⁾; beim Zustimmungsverfahren stehen zwei Behörden einander gegenüber. Auch die Rechtsprechung wendet den Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern nicht konsequent an. Obwohl anerkannt ist, daß auch die Gemeinden Hoheitsträger sind, wurde ihre Polizeipflicht bei hoheitlichem Handeln bejaht ²⁾. Gerade die nicht in Frage gestellte Eingriffsbefugnis der Polizei gegenüber Gemeinden zeigt, daß sich hinter dem polizeirechtlichen Grundsatz in Wirklichkeit ein anderes Problem verbirgt, nämlich die Schwierigkeit, die Kompetenzen von Bund und Ländern im Bundesstaat voneinander abzugrenzen ³⁾. Diese Schwierigkeit ist im Bereich des Polizeirechts besonders augenfällig; grundsätzlich liegt die Kompetenz für diese Materie bei den Ländern, daneben stehen dem Bund polizeirechtliche Regelungsbefugnisse als Annexkompetenz zu den ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Materien zu.

In dem Bereich, in dem das jeweilige Staatsgebilde - der Bund oder die Länder - Kompetenzen durch das Grundgesetz erhalten, kann es Staatsgewalt ausüben. Diese Befugnis besitzt es auch gegenüber dem Staatsgebilde, das in dem betreffenden Bereich keine Kompetenz besitzt. In diesem Bereich tritt letzteres dem Inhaber der Kompetenz gewissermaßen als "Nichtstaat", als schlichte juristische Person des öffent-

-
- 1) Schönfelder, Diss., S. 14 f., 38 f.; Wagner, Polizeipflicht, S. 88, Brohm, Landeshoheit, S. 40 Fn. 104.
 - 2) BVerwG, U.v.10.8.55 - I B 77/54 - E 2, 192 (193); U.v. 2.7.57 - 3 K 125/56 - VerwRspr. 11, Nr. 64 (69); OVG Münster, Entscheidung v.9.2.54, mitget. v. Hurst, Polizei, S.118; Drews/Wacke u.a., Gefahrenabwehr II, S. 127, sehen in dieser Rechtsprechg. einen Verstoß gegen den Grundsatz, Scholler/Broß, Grundzüge, S. 215, eine Ausnahme.
 - 3) Scholz, DVBl 68, 732 (733); ders., Urteilsanm., DVBl 69, 115 (116); Reigl, DÖV 67, 397; Breuer, Planung, S.102; Rudolf, Polizei, S.24 ff.; Wagner, Polizeipflicht, S. 144 ff.

lichen Rechts gegenüber. Dies führt zu einer wechselseitigen Bindung von Bund und Ländern an das kompetenzgemäß gesetzte Recht ¹⁾. Diese Bindung besteht nicht nur hinsichtlich des materiellen, sondern auch des Verfahrensrechts. Soweit die Länder die Gesetzgebungskompetenz besitzen - was noch zu untersuchen sein wird -, können sie den Bund denselben Verfahrensregelungen unterwerfen wie die Privatpersonen oder ihn privilegieren.

VIII. Grenzen der Gesetzgebungskompetenz für das Bauordnungsrecht

Weil die Rechtmäßigkeit der Unterwerfung auch des Bundes unter das materielle und das Verfahrensrecht der Bauordnungen der Länder von dem Umfang der Gesetzgebungskompetenz der Länder in diesem Bereich abhängt, ist zu untersuchen, ob die Länder zum Erlass der verfahrensrechtlichen und materiell-rechtlichen Regelungen in bezug auf die öffentlichen Bauten des Bundes zuständig sind.

1. Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen für das materielle Bauordnungsrecht zwischen Bund und Ländern

a) Grundsätzliche Landeskompetenz

Verteilungsnorm für die Zuständigkeit zur Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern ist Art. 70 GG; danach sind die Länder zur Gesetzgebung befugt, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.

1) Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Komm.GG, Art. 89, Rdnr. 12; Köttgen, JÖR 3 n.F. (1954), 67 (84).

Im "Baurechtsgutachten" hat das Bundesverfassungsgericht dargelegt, daß die Ordnungsgewalt ein Annex des Sachgebietes sei, auf dem der Gesetzgeber tätig werde, daher umfasse die Zuständigkeit zur Gesetzgebung in einem Sachbereich auch die Regelung der Ordnungsgewalt auf diesem Gebiet. Das das "Bauwesen" nicht im Katalog der Bundeszuständigkeiten enthalten sei, fehle es an einer Bundeszuständigkeit als Ganzes¹⁾. Danach gehört das Bauordnungsrecht grundsätzlich in die Kompetenz der Länder, was aber nicht ausschließt, daß der Bund -zumindest in Teilbereichen - ebenfalls für diese Materie zuständig sein kann.

b) Ausnahme: Kompetenz des Bundes

Gesetzgebungskompetenzen des Bundes auf dem Gebiet des Bauordnungsrechts für den hier allein interessierenden Bereich der öffentlichen Bauten des Bundes können sich nur als Annex zu denjenigen Gebieten ergeben, für die dem Bund die Gesetzgebungszuständigkeit zusteht. Das sind die Bereiche Verteidigung (Art. 73 Nr. 1 GG), Eisenbahnwesen (Art. 73 Nr. 6, Art. 74 Nr. 23 GG), Fernstraßenwesen (Art. 74 Nr. 22 GG), Post- und Fernmeldewesen (Art. 73 Nr. 7 GG), Grenzschutz (Art. 73 Nr. 5 GG).

Der Bundesgesetzgeber ist nach Art. 74 Nr. 18 GG konkurrierend zuständig, u.a. Regelungen für das "Wohnungswesen" zu treffen. Aus dieser Zuständigkeit folgte das Bundesverfassungsgericht im Baurechtsgutachten, das der Bund berechtigt sei, "einzelne spezifisch das Wohnungswesen berührende" bauordnungs-

1) BVerfG, Gutachten v. 16.6.54 - PB v V 2/52 - E 3, 407 (433).

rechtliche Vorschriften zu erlassen ¹⁾. Dabei kämen, so führte das Gericht weiter aus, ausschließlich Regelungen für Gebäude in Betracht, die Wohnzwecken dienen ²⁾. Dementsprechend muß der Bundesgesetzgeber auch in den anderen Fällen, in denen die Kompetenzkataloge ihm Materien zur Regelung zuweisen, die die Errichtung oder das Vorhandensein bestimmter baulicher Anlagen voraussetzen, die Befugnis zustehen, einzelne spezifisch diese Anlagen betreffende bauordnungsrechtliche Regelungen zu treffen. Dabei ist nicht eindeutig, was das Gericht mit den einzelnen spezifisch das Wohnungswesen berührenden Vorschriften gemeint hat. Denkbar ist zweierlei: Entweder geht das Gericht von einer gedachten umfassenden Zuständigkeit für das Bauordnungsrecht aus und will mit den einzelnen spezifischen Vorschriften alle denkbaren Regelungen für Gebäude zu Wohnzwecken bezeichnen oder es meint damit die Regelung eines Teilbereiches des Bauordnungsrechts für Wohngebäude.

Für die erstgenannte Möglichkeit könnte sprechen, daß das Gericht im Gutachten ausführt, daß die Zuständigkeit des Bundes aus Art. 74 Nr. 18 GG deshalb nicht das Bauordnungsrecht als Ganzes umfasse, weil Bestimmungen, die sich z.B. auf Fabriken, gewerbliche Anlagen usw. bezögen, nicht darunter fielen. Das würde bedeuten, daß die Kompetenz der Ländern, die Materie zu regeln, erlöschen würde, wenn der Bund von dieser Kompetenz Gebrauch machte; da er dies umfassend tun könnte, hätten die Länder in dem Bereich keinerlei Zuständigkeiten zu Gesetzgebung mehr. Auch im Sinn der zweitgenannten Möglichkeit kann das Baurechtsgutachten verstanden werden. Das Bundesverfassungsgericht zieht den Schluß, daß eine Bundeskompetenz für das Bauord-

1) BVerfG, Gutachten v. 16.6.54 - PB v V 2 52 - E 3, 407 (433)

2) BVerfG, Gutachten, aaO, S. 433 f.

nugsrecht als Ganzes sich nicht durch Auslegung der damit in Zusammenhang stehenden Einzelmaterien begründen lasse ¹⁾. In Anbetracht des Umfanges der dem Bund zustehenden Gesetzgebungsbefugnisse wird man bauordnungsrechtliche Regelungen des Bundes auf nahezu allen Bereichen für zulässig halten müssen. Hätte der Bund die Befugnis, für alle mit den Materien im Zusammenhang stehenden baulichen Anlagen umfassende bauordnungsrechtliche Regelungen zu erlassen, würde ihm im Ergebnis eine umfassende Zuständigkeit für das Bauordnungsrecht zustehen. Das widerspricht aber dem Baurechtsgutachten. Da das Gutachten nicht eindeutig ist, muß weiter nach Kriterien gesucht werden, die eine Abgrenzung der Gesetzgebungsbefugnisse für das Bauordnungsrecht ermöglichen.

aa) Abgrenzungskriterium des Bundesverfassungsgerichts

Der auf das Baurechtsgutachten folgenden Rechtsprechung des Gerichts ist zu entnehmen, daß es in der "Annexkompetenz" für das Ordnungsrecht - dazu gehören nach dem Baurechtsgutachten auch bauordnungsrechtliche Regelungen - einen Unterfall der sogenannten "Kompetenz kraft Sachzusammenhangs" erblickt ²⁾. Diese Auffassung wird bis auf eine Ausnahme ³⁾ von der Lehre geteilt ⁴⁾. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs voraus, daß vom Bund eine ihm "ausdrücklich zugewiesene Materie nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine

1) BVerfG, Gutachten v. 16.6.54 - PB v V 2/52 - E 3, 407 (434).

2) Z.B. im "Fernseh"-U.v.28.2.61 - 2 BvG 1,2/60 - E 12, 205 verweist das Gericht zur Begründung der Komp. kraft Sachzusammenh. auf S. 237 auf das "Beschuß"-U. v.29.4.58 - 2 BvD 3/56 - E 8, 143; in diesem Urteil ist jedoch ausschließlich von der Annexkomp. die Rede, S. 149 f.; vgl. dazu Bullinger, AÖR 96 (1971), 237 (243).

3) Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Komm.GG, Art. 70, Rdnr. 49.

4) Von Mangoldt/Klein, Komm.GG III, Art. 70, Anm. III 4 f.S.1402; v.Münch in:GG-Komm.,Art.70,Rdrrn.20,S.8.

nicht ausdrücklich zugewiesene Materie mitgeregelt wird, wenn also ein Übergreifen in eine nicht ausdrücklich zugewiesene Materie unerlässliche Voraussetzung für ist für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie" ¹⁾. Nach dieser Formel besteht ein kompetenzbegründender Sachzusammenhang nur dann, wenn ein Übergreifen in eine dem Bund nicht ausdrücklich zugewiesene Materie unerlässliche Voraussetzung für die Regelung einer der Bundesgesetzgebung zugewiesenen Materie ist. Die strikte Anwendung dieser Formel kann nur bedeuten, daß die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ausschließlich dann in Betracht kommt, wenn die ausdrücklich zugewiesene Materie anderenfalls vom Bund überhaupt nicht ²⁾ ausgeübt werden könnte. Das Kriterium "unerlässliche Voraussetzung" erweist sich damit als zu eng. Bullinger hat nachgewiesen, daß das Bundesverfassungsgericht die Formel auch nur dann gebraucht, wenn mit ihr das Fehlen einer Bundeskompetenz begründet werden sollte ³⁾.

bb) Kriterien der Lehre

Die Lehre stellt auf die "größere Sachnähe" des zu regelnden Gegenstandes ⁴⁾, den "stärkeren Sachzusammenhang" ⁵⁾ mit der Bundeskompetenz ab; ob die beabsichtigte Regelung "funktionsnotwendig" für die Ausübung der Bundeskompetenz ist ⁶⁾. Als Grenze der Bundeszuständigkeit wird ein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG angesehen ⁷⁾. Als Maßstäbe werden schließlich herangezogen,

1) BVerfG, Baurechtsgutachten v. 16.6.54 - 1 PBvF 2/52-E 3, 407 (421).

2) Achterberg, AöR 86 (1961), 63 (90).

3) AöR 96 (1971), 237 (242, 246).

4) Bullinger, Mineralölfernleitungen, S. 70.

5) Bullinger, AöR 96 (1971), 237.

6) Brohm, Landeshoheit, S. 41.

7) Achterberg, aaO, S. 90 ff.

ob kompetenzthematisches "Sonderrecht" oder lediglich "allgemeines" Recht gesetzt ¹⁾ oder ob der Sachbereich eine "spezifische" oder "spezielle" Regelung erfahren soll ²⁾. Bullinger hat, um Kriterien für die Relevanz eines Sachzusammenhangs mit einer Bundeskompetenz zu finden, vier Fallgruppen gebildet ³⁾. Die hier allein interessierende Kompetenz für das Bauordnungsrecht wäre der von ihm als Zuständigkeit für "sachangepaßte polizeiliche Spezialregelungen" ⁴⁾ bezeichnete Kompetenz zuzurechnen.

Auf den "inneren", "notwendigen", "sachlichen" oder "unmittelbaren" Zusammenhang stellt auch das Bundesverfassungsgericht ab, wenn es das Vorliegen einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs bejahen will ⁵⁾.

Bei näherer Beschäftigung mit der Abgrenzung zeigt sich, daß Rechtsprechung und Literatur trotz unterschiedlicher Terminologie im Kern identische Kriterien verwenden, um eine Bundeskompetenz zu begründen ⁶⁾. Der Sachzusammenhang einer Regelung im Überschneidungsbereich von Bundes- und Länderkompetenz zu einer Bundeskompetenz ist dann größer und damit für die Zuordnung entscheidend, wenn sie im Verhältnis zur Länderzuständigkeit die Funktion von Sonderrecht hätte ⁷⁾, das heißt wenn die Regelung innerhalb eines Landesgesetzes gewissermaßen ein Fremdkörper wäre.

1) Pestalozza, DÖV 72, 182 f.; Scholz in: BVerfG und GG II, S. 268.

2) Lerche, JZ 72, 468 ff.

3) AÖR 96 (1971), 137 (261 ff.).

4) AaO, S. 163, 264 ff.

5) Scholz, aaO, S. 273 mit Nachw. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

6) Hess.VGH, B.v.15.1.82 - P.St. 947 - NJW 82, 1141 (1143 li. Sp.).

7) Hess.VGH, aaO, S. 1143 li. Sp. und insbesondere Pestalozza, aaO, S. 182 f.

cc) Folgerungen und Ergebnis

Da mit dem Bauordnungsrecht der Zweck verfolgt wird, Gefahren abzuwehren, die von einer baulichen Anlage und ihrer Nutzung ausgehen können, sind grundsätzlich die Länder für die Gesetzgebung zuständig, weil es sich um Polizeirecht handelt und für diese Materie keine Zuweisung an den Bund besteht. Die Länder sind dann zur Gesetzgebung zuständig, wenn die Anwendung der beabsichtigten Regelung für jede Art einer baulichen Anlage in Betracht kommt, wie z.B. die Standfestigkeit einer solchen Anlage. Ist dagegen die Regelung nur auf ganz bestimmte bauliche Anlagen anwendbar, mit deren Nutzung typische Gefahren verbunden sind, ist der Sachzusammenhang zu einer Bundeskompetenz größer, wenn die Art der baulichen Anlage in die Materie einer Bundeskompetenz fällt, z.B. eine Regelung mit der besondere Anforderungen an eine Verteidigungsanlage gestellt werden; denn das Recht, das Sachgebiet Verteidigung zu regeln, steht dem Bund aus Art. 73 Nr. 1 GG zu. Nicht in dieses Sachgebiet fallen die von verschiedenen Bauordnungen geforderten Notschornsteine, das heißt die Möglichkeit des Anschlusses jeder Wohnung an eine von Versorgungsleitungen unabhängigen Feuerstelle. Das OVG Lüneburg erkannte als Zweck einer solchen, in der Bauordnung von Schleswig-Holstein enthaltenen Vorschrift ¹⁾, den Folgen eines Notstandes in der Energieversorgung entgegenzuwirken ²⁾ und prüfte, ob für die Regelung die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes aus Art. 73 Nr. 1 GG einschlägig wäre. Da ein Notstand in der Energieversorgung zwar im Verteidigungsfall, ab auch unabhängig davon, z.B. bei Naturkatastrophen, eintreten kann,

1) § 101 LBO SH idF v. 9.2.67, GVBl S. 51.

2) U.v. 21.9.72 - I OVG A 158/70 - OVGML 29, 399 (400).

kam das OVG Lüneburg zur Zuständigkeit der Länder für diese Regelung ¹⁾. Zur Zuständigkeit des Bundes aus Art. 73 Nr. 1 GG kommt man dagegen für eine Regelung, die Schutzräume, die ihren Zweck ausschließlich im Verteidigungsfall erfüllen sollen, in Gebäuden anordnet. Eine solche Regelung existiert auch bereits in § 2 des Gesetzes über bauliche Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung ²⁾, dessen Inkrafttreten jedoch ausgesetzt ist ³⁾.

Die Kompetenz der Länder für das materielle Bauordnungsrecht bedeutet also die Zuständigkeit zum Erlass von Vorschriften, die auf alle Arten baulicher Anlagen anwendbar sind, also auch auf Anlagen, die zu einer Materie der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes gehören, wie z.B. die Verteidigungsanlagen aus Art. 73 Nr. 1 GG ⁴⁾. Zu diesen für alle Anlagenarten verbindlichen materiellen Anforderungen des Landesrechts können weitere des Bundes hinzutreten, die der Abwehr kompetenzthematischer, typischer Gefahren erforderlich sind. Bei diesen der Bundeskompetenz unterliegenden Regelungen handelt es sich um Baurecht im Sinne eines technischen Sicherheitsrechts.

Ausdruck dieser Zuständigkeitsabgrenzung sind z.B. die in der Berliner Bauordnung enthaltene Regelung, nach der besondere gesetzliche Vorschriften, insbesondere des Gewerberechts, des Gesundheitsrechts, des Wasserrechts, des Immissionsschutzrechts, des Arbeitsschutzrechts und des Atomrechts unberührt bleiben, § 3 Abs. 4 BauOBl. Die materiell-rechtlichen Vorschriften dieser Gesetze, soweit sie be-

1) OVG Lüneburg, U.v.21.9.72 - I OVG A 158/70 - OVGML 29, 399 (401).

2) Vom 9.9.65, BGBl I S. 1232.

3) § 41 Abs. 1 Satz 1 idF von Art. 17 Nr. 2 lit. a des Finanzänderungsgesetzes v.21.12.67, BGBl I 1959, ber. BGBl I 1968, S. 49, 253.

4) Vgl. den Erlass des BM Verteidigung v. 29.5.78, U I 1 - 45 - 01 -01 -01, auszugsweise abgedruckt bei Simon, Komm.Bay BO, Art. 86, Rdrn. 25.

sondere Bestimmungen für bauliche Anlagen enthalten, sind neben den allgemeinen Anforderungen aus der Bauordnung zu beachten ¹⁾. Nicht in dieses Anwendungsschema passen die § 38 Satz 1 BbG, § 4 Satz 1 FStrG, § 11 Abs. 3 VersuchsAnlG und § 48 Satz 1 WaStrG, wenn man der Auffassung folgt, nach der diese Vorschriften Recht enthalten, das an die Stelle des Landesbauordnungsrechts tritt ²⁾. § 38 Satz 1 BbG bestimmt, daß die Deutsche Bundesbahn dafür einzustehen hat, daß ihre Betriebsanlagen "allen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen"; dieser Regelung sind die anderen Vorschriften nachgebildet ³⁾. Da die Vorschriften Verkehrsanlagen betreffen, können sie das Landesrecht aber nicht verdrängen, weil es für Verkehrsanlagen gar kein Landesbaurecht gibt, denn die Bauordnungen schließen ihre Anwendbarkeit auf diese Anlagen aus ⁴⁾. Das rührt wahrscheinlich daher, weil diese Anlagen oft Ländergrenzen überschreiten und man kein unterschiedliches Baurecht setzen wollte. Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschriften spricht nicht für ihren bauordnungsrechtlichen Inhalt. § 38 BbG, dem die anderen nachgebildet sind ⁵⁾, geht zurück auf § 37 Abs. 5 des Gesetzes über die Deutsche Reichsbahn

-
- 1) Vgl. zu § 7 Abs. 2 AtG: BVerfG, B.v.8.8.78 - 2 BvL 8/77 - E 49, 89 (234), dieses spezielle Bauordnungsrecht wird als technisches Sicherheitsrecht bezeichnet.
 - 2) Hufnagel in: Dtsch.Bundesrecht, VI B 20, Erl.zu § 38 BbG, S.62; Küchler, DÖV 77, 187 (191); Marschall/Schroeter/Kastner, Komm.FStrG, § 4, Anm.1.1, S.93; Kodal, Straßenrecht, S.934; ders.in: Dtsch.Bundesrecht, VI C 21, Erl.zu § 4 FStrG, S.19; Friesecke, Komm.WaStrG, § 48, Anm.3, S.424 f.; ders.in: Dtsch.Bundesrecht, VI D 20, Erl.zu § 48 WaStrG, S.53.
 - 3) Begr.zumFStrG BT Drs. I/4248, S.37; zum WaStrG BT Drs. V/352, S.29; zum VersuchsAnlG BT Drs 7/1875, S.8.
 - 4) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO
 - 5) Nachweise in Fn. 3.

vom 30. August 1924 ¹⁾ zurück ²⁾. Diese Vorschrift enthielt bereits eine § 38 Satz 1 BbG, § 4 Satz 1 FStrG, § 11 Abs 3 VersuchsanlG und § 48 Satz 1 WaStrG entsprechende Regelung. Nach dem Übergang der Eisenbahnhoheit von den Ländern auf das Reich sollte die Vorschrift verhindern, daß das Reich bei der Ausübung seiner Hoheitsaufgaben unmittelbaren Einwirkungen durch die Länder ausgesetzt war ³⁾. Diese Zielrichtung entspricht der vorwiegend von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung zu den vier Vorschriften: Sie sollen Ausdruck des Grundsatzes von der Eigenverantwortlichkeit der Verwaltung für die Sicherheit und Ordnung ihrer Anlagen sein ⁴⁾. Die Regelungen verpflichten die zuständigen Behörden zur Beachtung des geltenden Rechts, ohne sich dazu zu äußern, aus welcher Quelle dieses Recht stammt. Dies wird bestätigt aus dem engen Zusammenhang der Vorschriften zu ihrem jeweils folgenden Satz ⁵⁾, der bestimmt, daß es für die Bauvorhaben behördlicher Genehmigungen, Erlaubnisse und Ausnahmen nicht bedarf. Der amtlichen Begründung zu § 11 Abs. 3 VersuchsanlG ist das auch eindeutig zu entnehmen; dort wird davon ausgegangen, daß das materielle Recht zu beachten ist ⁶⁾. Ähnliche generalklauselartige Vorschriften enthalten neben speziellen bauordnungsrecht-

1) RGBI II S. 272, geändert durch Gesetz v. 31.3.30, RGBI II S. 359.

2) BT Drs. I/1341, S. 60.

3) Kodal, Straßenrecht, S. 933.

4) VGH BW, B.v.22.10.64 - I 213/63 - DÖV 64,854 (855); OVG Lüneburg, B.v. 7.6.77 - VI A 162/75 - BRS 32 (1977), Nr. 26, S.228; nicht ausdrücklich Radecke in: Haustein, Eisenbahnen, § 123, S. 330.

5) Vgl. Mlitzko, DÖV 64, 730 re. Sp. zu § 38 BbG.

6) BT Drs. 7/1875, S. 8.

lichen Regelungen für die Betriebsanlagen die §§ 2 EBO und 2 BOStrab ¹⁾.

c) Sperrwirkung der Kompetenz des Bundes für die Länder

Erkennt man eine Bundeskompetenz in dem dargestellten Umfang an, erhebt sich die Frage, ob in den Bereichen, in denen keine bundesgesetzlichen Regelungen bestehen, die Länder tätig werden dürfen. Das hängt davon ab, ob die Sperrwirkung für die Länder aus Art. 71 GG auch auf die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs anwendbar ist.

Art. 71 GG ist zu entnehmen, daß die Länder im Bereich der Materien der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes grundsätzlich keine Gesetzgebungskompetenz besitzen. Ob Art. 71 GG auf die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs anwendbar ist oder nicht, hängt davon ab, ob es sich bei dieser Zuständigkeit um eine selbständige ungeschriebene Zuweisung handelt oder um eine Auslegungsregel. Im letztgenannten Fall muß Art. 71 GG anwendbar sein, wenn die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs in Verbindung mit einer der Materien des Art. 73 GG auftritt. Im Falle einer selbständigen Zuständigkeitszuweisung kommt ihre Zugehörigkeit allein zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in Betracht.

aa) Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs als selbständige Zuständigkeitszuweisung

Die Formel des Bundesverfassungsgerichts zur Ermittlung, ob ein kompetenzbegründender Sachzusammenhang vorliegt, stellt die Voraussetzung dafür auf,

1) Zur Vergleichbarkeit von § 2 EBO mit § 38 BbG vgl. Thoma, Komm.EBO, § 2, S. 18.

daß eine dem Bund ausdrücklich zugewiesene Materie nicht geregelt werden kann, ohnedasß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene Materie mitgeregelt wird, wenn ein Übergreifen in eine nicht ausdrücklich zugewiesene Materie unerläßlich notwendig für die Regelung einer zugewiesenen Materie ist, läßt vermuten, das das Gericht die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs und damit auch die Annexkompetenz für das Ordnungsrecht für eine selbständige Zuständigkeitszuweisung hält ¹⁾.

Die vom Bundesverfassungsgericht verwandte Formel zur Kompetenz kraft Sachzusammenhangs findet sich - soweit ersichtlich - zum erstenmal bei Haenel ²⁾, der sie u.a. dazu heranzieht, um Analogien zu den Reichskompetenzen der Verfassung von 1871 zu begründen ³⁾. Da jede Analogie eine Regelungslücke voraussetzt ⁴⁾, muß Haenel davon ausgegangen sein, die Kompetenzkataloge seien unvollständig und daher ergänzungsbedürftig gewesen. Wenn Lücken vorhanden gewesen sein sollten, wäre ihre Füllung nur durch in der Verfassung nicht enthaltene, also selbständige Zuständigkeitszuweisungen möglich gewesen. Da das Bundesverfassungsgericht die Formel von Haenel verwendet, ist das neben dem Wortlaut ein weiteres Indiz dafür, daß das Gericht die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs für eine eigenständige ungeschriebene Kompetenzzuweisung hält. Das wird noch dadurch erhärtet, daß das Gericht,

1) Vgl. Scholz, BVerfG und GG II, S. 252 (272).

2) Deutsches Staatsrecht I, S. 222.

3) Haenel, aaO, S. 222.

4) Larenz, Methodenlehre, S. 366.

bevor es die Formel vom Sachzusammenhang heranzieht, die in Frage kommenden Kompetenznormen zunächst mit Hilfe der klassischen hermeneutischen Methode auszulegen sucht ¹⁾, also nach Wortsinn, Systemzusammenhang, Zwecksetzung und Entstehungsgeschichte fragt ²⁾. Erst wenn das zu keinem Ergebnis führt, geht das Gericht auf den Sachzusammenhang ein ³⁾. Es stellt also die Auslegung der Kompetenznormen und die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs in einen Gegensatz, der dafür spricht, daß das Gericht in der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs keine bloße Auslegungsregel, sondern eine Zuweisung eigener Art sieht.

bb) Die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs als Auslegungsregel

Der überwiegende Teil der Lehre sieht in der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ein Interpretationsmittel für vom Grundgesetz genannte Kompetenzvorschriften ⁴⁾. In seiner jüngeren Rechtsprechung scheint auch das Bundesverfassungsgericht die Vorstellung von der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs als eigenständiger Zuständigkeitszuweisung aufgegeben zu haben ⁵⁾. Die Formel vom Sachzusammenhang zieht das Gericht immer nur dann heran, wenn es das Ergebnis, der Bund habe in dem zu entscheidenden Fall keine Kompetenz besessen, begründen will ⁶⁾.

1) Bullinger, AöR 96 (1971), 237 (246).

2) Bullinger, aaO, S. 246.

3) Vgl. U.v.28.2.61 - 2 BvG 1,2/60 - E 12,205 (226 ff, 237); U.v.30.10.62 - 2 BvF 2/60,1 usw./61 - E 15, 1 (9 f., 20 f.); U.v.9.7.69 - 2 BvL 25,26/64 - E 26, 281 (298 f.,300).

4) v.Münch in: GG Komm.III,Art. 70,Rdnr.17,S.7;v.Man- goldt/Klein,Komm.GG II,Art.70,Anm.III 4,S.1391 ff.; Maunz in:Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a.,Komm.GG, Art.70, Rdnr.43 zurAnnexkomp.; Wipfelder,DVB1 82, 477 (478).A.A.Achterberg,AöR 86 (1961),63 (88f.).

5) Scholz, BVerfG und GG II, S. 252 ff (273).

6) Bullinger, aaO, S. 241 f., 242, 246.

Bejahte es dagegen das Vorhandensein einer Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, ließ es als Begründung dafür ausreichen, wenn die Regelung "notwendig", der Sachzusammenhang "eng" war oder zu einer Bundeskompetenz "überwog" ¹⁾. Scholz hat nachgewiesen, daß das Bundesverfassungsgericht den Sachzusammenhang häufiger als Interpretationsmittel benutzte ²⁾ als ihn als eigenständigen Kompetenztypus heranzuziehen, obwohl die zur Entscheidung anstehenden Fälle vergleichbar waren ³⁾. Daher darf man davon ausgehen, daß es sich bei der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs um ein Interpretationsmittel der Kompetenzkataloge des Grundgesetzes handelt.

cc) Folge für die ausschließliche und konkurrierende Gesetzgebung des Bundes

Sieht man in der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs eine Auslegungsregel, müßte das dazu führen, daß Art. 71 GG auf die Annexkompetenz des Bundes für das Bauordnungsrecht anzuwenden ist, wenn ein Sachzusammenhang zu einer der Materien des Art. 73 GG besteht. Landesgesetzgebung in diesem Bereich ohne ausdrückliche Ermächtigung durch den Bundesgesetzgeber wäre ausgeschlossen. Den Ländern wäre es z.B. verwehrt, für bauliche Anlagen des Luftverkehrs der besonderen Gefahr dieser Verkehrsart begegnende Regelungen zu erlassen, weil Art. 73 Nr. 6 GG die Kompetenz für den Luftverkehr ausschließlich dem Bund zuweist. Diese Konsequenz wird aber nicht übereinstimmend gezogen.

1) Bullinger, AÖR 96 (1971), 237 (244; ähnlich Scholz, BVerfG und GG II, S. 252 (273).

2) Nachweise aaO, S. 270, Fn. 127.

3) Scholz, aaO, S. 273, vgl. auch die Zusammenstellung der Entscheidungen in Fn. 145.

Das Bundesverwaltungsgericht führte zur ausschließlichen Kompetenz des Bundes für die Bundeseisenbahnen aus Art. 73 Nr. 6 GG aus, daß der Bund die Materie hätte so regeln können, "daß die Anwendung von Landesrecht im Bereich des Planungsrechts ausgeschlossen bliebe", dies sei jedoch nicht geschehen ¹⁾. Die Ausführungen zeigen, daß das Gericht hier ein Übergreifen in Landeszuständigkeiten für möglich gehalten hat; dabei handelt es sich um das Charakteristikum der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs. Da der Entscheidung nicht entnommen werden kann, daß das Gericht diese Kompetenz als eine eigenen Typs angesehen hat, muß es davon ausgegangen sein, daß Art. 71 GG auf die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs nicht anwendbar ist, wenn der Zusammenhang zu einer der Materien des Art. 73 GG besteht.

Diese Auffassung teilen in der Lehre Brohm ²⁾ und Bullinger ³⁾, obwohl beide der Ansicht sind, daß es sich bei der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs um eine Auslegungsregel handelt ⁴⁾. Bullinger kommt deshalb bei seiner im Zusammenhang mit der hier interessierenden Fallgruppe der Zuständigkeit des Bundes für sachangepaßte polizeiliche Spezialregelungen ⁵⁾ nicht zu einem Ausschluß der Landesgesetzgebung, wenn Sachzusammenhang zu einer der Materien des Art. 73 GG besteht, sondern er will die Kompetenz in allen Fällen nach den Regeln des Art. 72 GG, also wie eine konkurrierende Zuständigkeit behandeln ⁶⁾. Das hätte die Folge, daß die

1) U.v. 28.6.68 - IV C 11.65 - DÖV 69,206 (207).

2) Landeshoheit, S. 40.

3) AÖR 96 (1971), 237 (266)

4) Brohm, aaO, S. 36; Bullinger, aaO, S. 247.

5) aaO, S. 261 ff.

6) aaO, S. 266.

Länder, solange spezielle Regelungen für Anlagen der Bundespost, Bundesbahn, Luftverkehr und Verteidigung fehlen, diese Regelungen treffen können. Bullinger begründet seinen Lösungsvorschlag mit einer Analogie zu Art. 74 Nr. 14 GG ¹⁾. Nach dieser Norm ist der Bund für das Recht der Enteignung selbst dann lediglich konkurrierend zuständig, wenn die Enteignung für ein Sachgebiet der ausschließlichen Gesetzgebung geregelt werden soll. Dem ... könnte die ... Auffassung von Finkelnburg entsprechen, der Art. 74 Nr. 14 GG als einen Fall der Annexkompetenz bezeichnet ²⁾.

Dagegen ist einzuwenden, daß die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs im Gegensatz zum Recht der Enteignung in Art. 74 Nr. 14 GG keine selbständige Zuständigkeitszuweisung, sondern Auslegungsregel ist. Selbst wenn man Art. 74 Nr. 14 GG als Annexkompetenz bezeichnet, ändert das nichts daran, daß es sich dabei um eine ausdrücklich genannte Zuweisung und nicht um eine bloße Auslegungsregel handelt. Die von Bullinger vorgeschlagene Lösung verwischt den Unterschied zwischen der ausschließlichen und der konkurrierenden Gesetzgebung, indem sie eine ausschließliche Zuständigkeit an ihrer Peripherie zu einer konkurrierenden macht. Sie ist daher dogmatisch unbefriedigend ³⁾.

Die Lösung von Bullinger führt jedoch zu demselben Ergebnis wie die hier vertretene Auffassung: Auch Bullinger will die allgemein geltenden Vorschriften der Landesbauordnungen auf die bauliche Anlagen der Bundesbahn, Bundespost, Verteidigung anwenden ⁴⁾; das entspricht der hier vertretenen Zuständigkeit

1) Bullinger, AÖR 96 (1971), 237 (266).

2) In Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 23, S. 133.

3) Vgl. Klein, DÖV 77, 194 (196); Kuchler, DÖV 77, 187 (190); Zielfleisch, Diss., S. 31.

4) AaO, S. 266.

der Länder zum Erlaß eines "Sockelrechts".

Die Beachtlichkeit des Art. 71 GG für die Kompetenz kraft Sachzusammenhangs führt dazu, daß die Länder keine speziellen sachangepaßten bauordnungsrechtlichen Regelungen für Anlagen zu den Materien des Art. 73 GG treffen dürfen, selbst dann nicht, wenn Bundesrecht für solche Anlagen, also im wesentlichen für Verteidigungsanlagen, Luftverkehrsanlagen, Fernmeldeanlagen, nicht existiert.

Für bauliche Anlagen, die zu den Materien des Art. 74 GG gehören, können die Länder Sonderrecht in dem genannten Sinne setzen, soweit der Bund das nicht getan hat; das ergibt sich aus Art. 72 Abs. 1 GG. Sachangepaßtes Bundesrecht im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung sind im wesentlichen das technische Sicherheitsrecht in den Rechtsverordnungen, die aufgrund der Ermächtigung in § 24 GewO ergangen sind, aber auch z.B. für Eisenbahnen (Art. 74 Nr. 23 GG) in der EBO, für Straßenbahnen (Art. 74 Nr. 23 GG) in der BOStrab, für Anlagen der Kernspaltung (Art. 74 Nr. 11 a GG) in § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG ¹⁾.

d) Geltung des materiellen Baurechts der Länder für öffentliche Bauten des Bundes

Bauliche Anlagen des Bundes, deren Errichtung zu einer der Materien des Art. 73 GG gehört, müssen den landesrechtlichen materiellen Regelungen, die für alle Arten baulicher Anlagen Bedeutung haben, entsprechen. Eine Anlage der Landesverteidigung muß also z.B. stand-sicher und dauerhaft errichtet werden ²⁾, wie es die Bauordnungen aller Bundesländer für bauliche Anlagen

1) BVerfG, "Kalkar" B.v.8.8.78 - 2 BvL 8/77 - E 49, 89 (139): Grundsatz bestmöglicher Gefahrenabwehr.

2) Z.B. Art. 15 Satz 1 BayBO.

fordern. Davon gehen auch die Bauordnungen aus, da das Sonderrecht für öffentliche Bauten nur Verfahrensrecht enthält. Auf Verkehrsanlagen erklären die Bauordnungen sich nicht für anwendbar ¹⁾, also ist das Standsicherheitsgebot für solche Anlagen z.B. der Bundesbahn nicht beachtlich. Die Bauordnungen hätten nach der hier vertretenen Auffassung vom Umfang der Gesetzgebungskompetenz der Länder den Verzicht nicht zu erklären brauchen. In der Musterbauordnung werden in § 1 Abs. 2 MBO die Verkehrsanlagen auch lediglich vom Verfahrensrecht freigestellt.

Im Bereich der Materien des Art. 74 GG dürfen die Länder neben den allgemeinen Anforderungen, die auf jede Art baulicher Anlagen zugeschnitten sind, dann spezifische Vorschriften erlassen, soweit der Bund von der Zuweisung keinen Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG. Da der Bund von der Kompetenz aus Art. 74 Nr. 18 GG bisher keinen Gebrauch gemacht hat, haben die Länder auch die "einzelnen spezifisch das Wohnungswesen berührenden" Bauvorschriften ²⁾ erlassen. Diese Vorschriften hat der Bund als Bauherr von Wohnungen für seine Bediensteten zu beachten.

2. Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern für das formelle Bauordnungsrecht

a) Grundsatz der Länderzuständigkeit

Geht man von einer Zuständigkeit der Länder für alle

1) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO.

2) Vgl.dazu BVerfG, Baurechtsgutachten v.16.6.54 - PB v V 2/52 - E 3, 407 (433); ein Beispiel für eine solche Vorschrift: § 63 Abs. 3, 4 BauOBl.

materiell-rechtlichen Regelungen aus, die für jede Art einer baulichen Anlage von Bedeutung sind, also nicht die besonderen Gefahren, die mit ihrer Nutzung verbunden sind, berücksichtigen, so gehört es auch zu der Kompetenz der Länder Verfahrensrecht in dem Umfang zu setzen, um die Einhaltung des materiellen Landesrechts überwachen zu können.

b) Bundeszuständigkeiten

Erkennt man eine Zuständigkeit des Bundes für zusätzliche, der spezifischen Gefährlichkeit bestimmter Anlagen Rechnung tragende Regelungen an, sind wegen Art. 83, 84 Abs. 1 GG ebenfalls grundsätzlich die Länder zuständig, das Verwaltungsverfahren zu regeln ¹⁾, wenn sie die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen. Diese Zuständigkeit besteht aber nur, soweit der Bund, der das Verwaltungsverfahren ebenfalls regeln darf (Art. 84 Abs. 1 GG), seine Kompetenz nicht genutzt hat. Die Befugnis, Verfahrensrecht zu erlassen, besteht für den Bund in demselben Umfang, in dem er die Kompetenz besitzt, materielles Recht zu setzen ²⁾. Da für die Anlagen, deren Nutzung spezifische Gefahren mit sich bringt, neben dem Bund die Länder die Gesetzgebungsbefugnis für das materielle "Sockelrecht" besitzen, darf der Bund, um doppelte Verfahren zu vermeiden, in seinen Verfahrensvorschriften anordnen, daß das bundesrechtli-

1) Die Gesetzgebungskompetenz wird in den Vorschriften entweder angeordnet oder vorausgesetzt, vgl. dazu Klein, BVerfG und GG II, S. 272 (289); Lerche in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Komm.GG, Art. 83, Rdnr. 30.

2) Lerche, aaO, Art. 83, Rdnr. 37.

che Verfahren das landesrechtliche ersetzt, wie es z.B. § 19 BImSchG und die Planfeststellungsvorschriften zeigen. Wäre es anders, könnte die Ausführung des Bundesgesetzes daran scheitern, daß ein danach zulässiges Vorhaben nicht ausgeführt werden dürfte, weil die Landesbehörde die Genehmigung nach Landesrecht verweigert. Fehlt eine Anordnung der Ersetzung landesrechtlicher Genehmigungen findet neben der bundesgesetzlichen Prüfung der Zulässigkeit des Vorhabens das Verfahren der Landesgesetze statt, wie es z.B. für Kernkraftwerke beim Nebeneinander von bundesgesetzlicher Genehmigung nach § 7 AtG und landesgesetzlicher Baugenehmigung der Fall ist.

Diese der konkurrierenden Gesetzgebung vergleichbare Zuständigkeit des Bundes besteht aber nur dann, wenn die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen; aus Art. 84 Abs. 1 GG kann man schließen, daß für das Verwaltungsverfahren der Materien der bundeseigenen Verwaltung ausschließlich der Bund zuständig ist. Das bedeutet, daß für bauliche Anlagen, für die der Bund materielles Baurecht setzen darf, im Bereich bundeseigener Verwaltung kein Landesrecht existieren darf bzw. vorhandenes Landesrecht nicht angewandt werden darf. Gegenstände bundeseigener Verwaltung sind gemäß Art. 87 Abs. 1 GG die Bundeseisenbahnanlagen, Betriebsanlagen der Post, bauliche Anlagen der Bundeswasserstraßen, Grenzschutzanlagen. Obwohl Art. 87 b Abs. 1 Satz 3 GG die Wahrnehmung der Aufgaben des Bauwesens durch die Bundeswehrverwaltung ohne ein dazu ermächtigendes Gesetz ausdrücklich ausschließt, steht die Regelung des Verwaltungsverfahrens für Verteidigungsanlagen ebenfalls allein dem Bund zu. Das Bauwesen im Verteidigungsbereich gehört zu bundeseigener Verwaltung; Art. 87 b Abs. 1 Satz 3 GG will lediglich verhindern, daß das Bauwesen von der Bundeswehrverwaltung wahrgenom-

men wird, geht aber davon aus, daß es andere Zweige der bundeseigenen Verwaltung mit erledigen¹⁾.

Ob im Bereich der Auftragsverwaltung der Bund ebenfalls allein Verfahrensrecht setzen darf oder ob auch hier eine Zuständigkeit der Länder neben der des Bundes besteht, ist streitig²⁾. Für die öffentlichen Bauten kommt es auf diese Frage nicht an, da für die in Betracht kommenden Bauwerke, die Fernstraßen des Bundes (Auftragsverwaltung nach Art. 90 Abs. 2 GG) und die Anlagen des Luftverkehrs (Auftragsverwaltung nach Art. 87 d Abs. 2 GG iVm § 31 Abs. 2 Nr. 4, 5 LuftVG) Verfahrensrecht des Bundes besteht. Da der Planfeststellungsbeschluß für Flughäfen nach § 8 LuftVG die Baugenehmigung wegen § 9 Abs. 1 Satz 3 LuftVG nicht ersetzt, stellt sich hier die Frage, ob die Zustimmung zu einem Flughafen, die ein öffentlicher Bauherr einholen muß, sich aus den Landesgesetzen ergibt oder aus der VOöB.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß für Anlagen, deren Nutzung mit speziellen Gefahren verbunden ist, die vom Bundesgesetzgeber zu regeln ist, das Zustimmungsverfahren nach den Landesbauordnungen weitgehend ausscheidet. Entweder unterliegt die Regelung des Verfahrens für die bauaufsichtliche Überprüfung solcher Anlagen einer ausschließlichen Bundeskompetenz oder es bestehen Bundesgesetze, die das Landesrecht verdrängen. Ist die Bauerlaubnis neben einer bundesgesetzlichen Genehmigung des Vorhabens nötig, ist daran zu denken, daß möglicherweise die Zustimmungsvorschriften der VOöB an die Stelle des Landesrechts treten. Das Zustimmungsverfahren der Landesbauordnungen findet lediglich

1) Vgl. v.Mangoldt/Klein, Komm.GG III, Art. 87 b, Anm. III 4 c - cc, S. 2353; Meyer/Dalheuer, DVBl 57, 185 (189).

2) Vgl. Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Komm.GG, Art. 85, Rdnr. 15 ff.

auf solche Bundesbauten Anwendung, die keiner sonderrechtlichen Regelung bedürfen, also im wesentlichen Verwaltungsgebäude, Gerichts- und Parlamentsbauten.

c) Einzelfragen

aa) Anwendbarkeit der Zustimmungsvorschriften der VOÖB

Die Regelungen der VOÖB und die Regelungen für öffentliche Bauten in den Landesbauordnungen sind inhaltlich ähnlich, was sich daraus erklärt, daß die VOÖB Vorbild für die Landesgesetzgebung war ¹⁾. Bauten des Reiches und der Länder durften erst nach einer Zustimmung der höheren Baupolizeibehörde ausgeführt werden, § 2 Satz 1 iVm § 1 Abs. 1 Satz 1 VOÖB. Da das Reich als mit dem Bund identisch angesehen wird ²⁾, wären mit der Regelung, sollte sie noch in Kraft sein, Bauten des Bundes gemeint ³⁾. Höhere Baupolizeibehörde war gemäß § 4 VOÖB die oberste Landesbehörde. Wurde die Zustimmung verweigert und kam auch eine Einigung zwischen der obersten Landesbehörde und der den öffentlichen Bauherren vertretenen Dienststelle nicht zustande, so führte der Reichsarbeitsminister mit dem zuständigen Fachminister eine Übereinstimmung herbei, § 2 Abs. 2 Satz 2 VOÖB. Wegen des Fehlens einer übergeordneten Instanz im Bauwesen auf Bundesebene - in der VOÖB der Reichsarbeitsminister - hält Obermayer die Zustimmungsvorschriften der VOÖB für gegenstands-

1) Einführung Musterbauordnung, Teil B, S. 143.

2) BVerfG, "Grundlagenvertrags"-U.v.31.7.73 - 2 BvF 1/73 - E 36, 1 (16).

3) Obermayer, DVBl 58, 419.

los ¹⁾. Er geht von der Prämisse aus, Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz im Bauwesen lägen ausschließlich bei den Ländern ²⁾. Da hier eine andere Auffassung von der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen für das Bauordnungsrecht vertreten wird, kann die Schlußfolgerung von Obermayer nicht nachvollzogen werden. Die Zuständigkeit des Reichsarbeitsministers im Zustimmungsverfahren wäre, sollte der Teil der Verordnung als Bundesrecht weitergelten, gemäß dem Art. 129 Abs. 1 Satz 1 iVm. Art. 65 Satz 3 GG zu entnehmenden Rechtsgedanken auf die Bundesregierung übergegangen.

Darüber hinaus hält Obermayer die Zustimmungsregelungen der VOÖB wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG für verfassungswidrig, und zwar wegen der Benachteiligung der Nachbarn eines öffentlichen Bauherrn gegenüber denen eines privaten. Nur bei einem privaten Bauherrn könnten die Nachbarn die Bauerlaubnis anfechten, denn nur in diesem Verhältnis sei sie ein Verwaltungsakt; gegen die intern wirkende Zustimmung nach der VOÖB gebe es keinen Rechtsschutz ³⁾, ein Argument, das seit der Geltung der VwGO nicht mehr zwingend ist. Eine Benachteiligung der Nachbarn sieht Obermayer auch darin, daß am Zustimmungsverfahren die Nachbarn in keinem Fall zu beteiligen seien ⁴⁾; da jedoch heute ein Anhörungsrecht zugunsten der Nachbarn aus den subsidiär anwendbaren Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder ⁵⁾

1) Obermayer, DVBl 58, 419 (421 li. Sp.).

2) Obermayer, aaO, S. 421 li. Sp.

3) aaO, S. 421 li. Sp.

4) aaO, S. 421 li. Sp.

5) Gemäß den den §§ 28, 31 VwVfG des Bundes entsprechenden Vorschriften, vgl. dazu Ortloff, NJW 83, 961 (966 re. Sp.) zum Baugenehmigungsverfahren.

hat auch diese Begründung ihre Berechtigung verloren.

Da die Zustimmungsvorschriften der VOÖB materiell-rechtlich unbedenklich sind, kommt es nur noch darauf an, ob sie Bundesrecht geworden sind. Das wäre gemäß Art. 124, 125 GG dann der Fall, wenn der Bund heute zum Erlaß solcher Regelungen befugt wäre. Wie festgestellt worden ist, stehen dem Bund Gesetzgebungskompetenzen zur Gestaltung des bauaufsichtlichen Verfahren zur Verfügung. Da das Zustimmungsverfahren von Landesbehörden durchgeführt wird, ist die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes Art. 84 Abs. 1 GG zu entnehmen. Die Zustimmungsregelungen sind daher auf alle öffentlichen Bauten anwendbar, die nicht der bundeseigenen und auch nicht der landeseigenen Verwaltung unterliegen. Es scheiden weiter solche baulichen Anlagen aus, für die "jüngeres" Verfahrensrecht des Bundes besteht, in dem angeordnet ist, daß das Baugenehmigungsverfahren neben dem bundesgesetzlichen Verfahren nicht durchgeführt zu werden braucht. Dem Zustimmungsverfahren nach der VOÖB unterliegen also im wesentlichen die Flughäfen des Bundes, Bundesanlagen nach § 7 AtG und Anlagen des Bundes, die nach den Rechtsverordnungen aufgrund § 24 GewO erlaubnispflichtig sind. Da der Staat als Bauherr solcher Anlagen regelmäßig nicht in Betracht kommt ¹⁾ ist das Zustimmungsverfahren nach der VOÖB ohne praktischen Anwendungsbereich.

1) Dazu oben A VI 3 b - ff, A VI 2 d, A VI 2 a.

bb) Mitteilungspflichten des Bundes

(1) Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen

Die Landesbauordnungen bestimmen, daß bauliche Anlagen, die der Landesverteidigung dienen, der höheren Bauaufsichtsbehörde vor Beginn der Arbeiten in geeigneter Weise zu Kenntnis zu bringen sind und daß im übrigen eine Mitwirkung dieser Behörde nicht stattfindet¹⁾. Fraglich ist, ob die Länder eine solche Regelung treffen durften. Die Verteidigungsanlagen unterliegen der ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis des Bundes aus Art. 73 Nr. 1 GG und der bundeseigenen Verwaltung gemäß Art. 87 b GG²⁾. Da diese Anlagen wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit einer gesonderten Regelung bedürfen, ist der Bund befugt, materielles Recht zu setzen; das bauaufsichtliche Verfahren für diese Anlagen darf ausschließlich er gestalten.

Denkbar ist, daß die Vorschrift in den Landesbauordnungen weder materiell- noch verfahrensrechtliche, sondern ausschließlich klarstellende Bedeutung hat, mit der die Länder erklären wollten, daß ein bauaufsichtliches Verfahren für Verteidigungsanlagen nicht statfinde. In diesem Sinne kann die Begründung zum Regierungsentwurf des § 97 BauONW, der Regelung für Verteidigungsanlagen, verstanden werden. Die Bauordnung Nordrhein-Westfalens enthielt ursprünglich eine Vorschrift für Verteidigungsanlagen nicht. Als das OVG Münster in einer Entscheidung

1) Z.B. § 111 Abs. 7 HBauO. Dazu oben A V.

2) Zur Bedeutung des Art. 87 b Abs. 1 Satz 3 GG oben A VIII 2 b.

eine solche Anlage für zustimmungspflichtig hielt ¹⁾, wurde § 97 BauONW ergänzt um klarzustellen, daß der öffentliche Bauherr, der "in unmittelbarer Ausübung von Hoheitsgewalt eine bauliche Anlage errichtet, insoweit nicht einer präventiven Kontrolle durch die allgemeinen Ordnungsbehörden unterworfen sei" ²⁾.

Den Landesregelungen für Verteidigungsanlagen ist aber nicht nur ein Verzicht auf die Durchführung des Zustimmungsverfahrens zu entnehmen, sondernes wird darüber hinaus angeordnet, daß die Behörde über das Vorhaben in geeigneter Weise zu informieren sei. Diese Verpflichtung geht über eine deklaratorische Bedeutung der Vorschrift hinaus. Es muß sich daher um materielles oder Verfahrensrecht handeln. Da die Vorschriften besondere Regelungen für Verteidigungsanlagen aufstellen, kommt es nicht darauf an, ob es materielles Sonderrecht oder Verfahrensrecht ist, denn weder das eine noch das andere dürfen die Länder setzen. Fehlt dem Landesgesetzgeber die Kompetenz, Verfahrensrecht für Verteidigungsanlagen zu erlassen, fehlt ihm auch die Befugnis, bestehendes inhaltsgleiches Bundesrecht, nämlich den § 3 VOÖB, aufzuheben, wie die Länder es übereinstimmend getan haben ³⁾. Die Pflicht des Bundes als Bauherr von Verteidigungsanlagen, die Vorhaben zur Kenntnis der zuständigen Landesbehörde zu bringen, ergibt sich also nicht aus den Landesgesetzen, sondern aus § 3 VOÖB. Zu richten ist die Mitteilung an die der Bauaufsicht übergeordnete Behörde, von der VOÖB in § 3 als "höhere Baupolizeibehörde" bezeichnet. Welche Behörde das im einzelnen war, bestimmt § 4

1) B.v. 24.11.67 - X B 627/67 - OVGE 23, 272 (273).

2) LT Drs. 6/1075, S. 47 f.

3) Nachweise oben A I.

VOÖB. Nach Art. 129 Abs. 4 iVm Art. 129 Abs. 1 GG gehen die in überkommenem Reichsrecht angeordneten Zuständigkeiten auf die nunmehr zuständigen Stellen über. Diese Übergangsvorschrift bezieht sich auf den Rechtszustand im Zeitpunkt des Erlasses des Grundgesetzes. Da die Kompetenzen im Bereich der Verteidigung erst 1954 ¹⁾ bzw. 1956 ²⁾ in das Grundgesetz aufgenommen worden sind und darauf bezogene Übergangsregelungen fehlen, kann Art. 129 GG im Verteidigungsbereich nur analog angewandt werden. Nunmehr sachlich zuständig gemäß Art. 129 Abs. 4 iVm Abs. 1 GG analog sind die Behörden, die heute die Fachaufsicht über die unteren Behörden im Bauwesen ausüben. Das sind in den Ländern mit dreistufigem Verwaltungsaufbau die Behörden der Mittelstufe, in allen anderen die obersten Landesbehörden. Da die kompetenzwidrig gesetzten Regelungen über die Verteidigungsanlagen in den Landesbauordnungen ebenfalls diese Behörden als Empfänger der Mitteilung über ein Verteidigungsvorhaben nennen, sind sie nicht nichtig, sondern haben ihre Berechtigung als deklaratorische Zuständigkeitszuweisung.

- (2) Anlagen, die dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen

Art. 86 Abs. 5 BayBO bestimmt, daß neben den Verteidigungsanlagen Anlagen, die dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen, ebenfalls lediglich der Bezirksregierung zur Kenntnis zu bringen sind. Die Materie "Bundesgrenzschutz" gehört in die aus-

-
- 1) Art. 73 Nr. 1 GG ergänzt durch das Gesetz vom 23.6.54, geändert durch Gesetz vom 24.6.68, BGBl I S. 709.
2) Art. 87 a und Art. 87 b GG eingefügt durch Gesetz v. 19.3.56, BGBl I S. 111, Art. 87 a GG neugefaßt durch Gesetz v. 24.6.68, BGBl I S. 709.

schließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 73 Nr. 5 GG und unterliegt bundeseigener Verwaltung, Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG iVm §§ 42, 43 BGSg. Daraus folgt für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Bauordnungsrecht, daß ausschließlich der Bund Verfahrensregelungen für Grenzschutzanlagen treffen darf, soweit er befugt ist, materielles Sonderrecht für diese Anlagen zu setzen ¹⁾. Die Gesetzgebungskompetenz für das materielle Recht setzt voraus, daß für dienstliche Zwecke des Bundesgrenzschutzes bauliche Anlagen gebraucht werden, mit deren Nutzung spezielle Gefahren verbunden sind, deren Abwehr das Sonderbaurecht des Bundes dient ²⁾. Aus den §§ 1, 3, 4, 5, 6 und 9 BGSg ergibt sich, daß der Bundesgrenzschutz polizeiliche Aufgaben wahrnimmt. Im Zusammenhang mit der Erfüllung polizeilicher Aufgaben sind keine baulichen Anlagen erforderlich, die besonders regelungsbedürftig sind. Folglich stehen dem Bund für das materielle Bauordnungsrecht gesetzgeberische Befugnisse nicht zu. Damit scheidet auch eine Gesetzgebungskompetenz für das Verfahrensrecht dieser Anlagen aus. Das materielle und das Verfahrensrecht der Anlagen, die dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen, unterliegt nach Art. 70 GG der Landesgesetzgebung. Der bayerische Landesgesetzgeber durfte daher unter diesem Gesichtspunkt die in Art. 86 Abs. 5 BayBO enthaltene Regelung für Anlagen des Bundesgrenzschutzes treffen; auf die Fragwürdigkeit der Regelung im Hinblick auf § 29 Satz 1 BBauG wurde bereits hingewiesen ³⁾.

1) Dazu oben A VIII 2b.

2) Dazu oben A VIII 1b - cc.

3) Dazu oben A V.

(3) Anlagen des Bundes, die dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen

Die Bayerische Bauordnung behandelt in Art. 86 Abs. 5 BayBO auch Anlagen des Bundes, die dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, verfahrensrechtlich in der Weise, daß sie der zuständigen Behörde lediglich zur Kenntnis zu bringen sind. In bezug auf das materielle Recht dieser Schutzbauten hat der Bund Gesetzgebungskompetenzen für das materielle Bauordnungsrecht, da die Anlagen vor spezifischen Gefahren schützen sollen, die in den Zuständigkeitsbereich "Schutz der Zivilbevölkerung" in Art. 73 Nr. 1 GG fallen.

Fraglich ist, ob die Regelung in Art. 86 Abs. 5 BayBO materielles Recht oder Verfahrensrecht enthält. Gegen materielles Recht spricht, daß mit der Vorschrift keine besonderen Anforderungen an die Art der baulichen Ausführung einer Anlage zum Schutz der Zivilbevölkerung stellt. Die Verpflichtung, die zuständige Behörde in geeigneter Weise über das Vorhaben zu informieren, könnte Verfahrensrecht sein. Verfahrensvorschriften im Sinne der Art. 83 ff GG sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts u.a. "gesetzliche Bestimmungen, die die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Blick auf die Art und Weise der Ausführung des Gesetzes" regeln¹⁾. Im Regierungsentwurf des Änderungsgesetzes zur Bayerischen Bauordnung findet sich die Erklärung, daß die Regelung deshalb getroffen wurde, um Vorhaben des

1) U.v. 10.12.80 - 2 BvF 3/77 - E 55, 274 (320)
zu Art. 84 Abs. 1 GG.

Bundes "im Sicherheitsbereich" von "einem Baugenehmigungsverfahren überhaupt" freizustellen ¹⁾.
Motiviert, die Regelung, wie vorgeschlagen zu treffen, kann der Landesgesetzgeber nur deshalb gewesen sein, weil er glaubte, auf die Kenntnis vom Standort eines solchen Schutzbaues könne die Baubehörde deshalb nicht verzichten, da sie ohne diese Kenntnis über die Bebauung von Nachbargrundstücken nicht sachgerecht entscheiden könne. Damit erfolgte die Regelung im Blick auf die Art und Weise der Ausführung der Bauordnung und enthält folglich Verfahrensrecht.

Da der Bund materielles Bauordnungsrecht für Anlagen für den zivilen Bevölkerungsschutz setzen darf, stehen ihm auch Kompetenzen für die Regelung des Verwaltungsverfahrens zu. Ob diese Kompetenz allein von Bund oder neben den Ländern wahrgenommen werden darf, hängt davon ab, ob die Materie "Schutz der Zivilbevölkerung" in bundeseigener Verwaltung geführt wird oder ob die Länder dafür zuständig sind. Da der Bundesgesetzgeber noch kein Gesetz erlassen hat, mit dem er von seiner Befugnis zur Einrichtung der bundeseigenen Verwaltung für den zivilen Bevölkerungsschutz gemäß Art. 87 b Abs. 2 Satz 1 GG Gebrauch gemacht hat, liegen die Verwaltungskompetenzen für diese Materie nach Art. 83 GG bei den Ländern. Folglich ergibt sich aus Art. 84 Abs. 1 GG die Zuständigkeit der Länder auch für das bauaufsichtliche Verfahren der Anlagen des zivilen Bevölkerungsschutzes. Da eine Bundesregelung fehlt, durfte das Land Bayern unter diesem Gesichtspunkt das Verfahren für diese Anlagen so gestalten, wie

1) LT Drs 9/7854, S. 48 zu Art. 103 Abs. 5.

es in Art. 86 Abs. 5 BayBO geschehen ist. Auf die Konsequenzen dieser Regelung im Hinblick auf die Anwendbarkeit der §§ 30 bis 37 BBauG wegen § 29 Satz 1 BBauG wurde bereits hingewiesen ¹⁾.

1) Dazu oben A V.

B. Verfahren nach § 37 BBauG

Da die Zustimmung nur dann erteilt wird, wenn das öffentliche Bauvorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht ¹⁾, wird das Zustimmungsgesuch auch auf seine Vereinbarkeit mit dem Bauplanungsrecht überprüft. Grundsätzlich gelten für den öffentlichen Bauherrn die allgemeinen Regelungen des BBauG, er ist also insbesondere an die Bebauungspläne gebunden; für bestimmte Abweichungen von städtebaulichen Vorschriften ist das Einvernehmen der Gemeinde erforderlich. Handelt es sich jedoch um ein Vorhaben mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung, welche eine Abweichung vom Planungsrecht erfordert, ergeben sich aus § 37 BBauG besondere Regelungen für öffentliche Bauten, die die Zustimmungsbehörde im Zustimmungsverfahren zu beachten hat.

§ 37 Abs. 1 BBauG schreibt vor, daß die höhere Verwaltungsbehörde über das Vorhaben entscheidet, wenn das Einvernehmen mit der Gemeinde nach den §§ 14, 31 oder 36 BBauG nicht erreicht worden ist. Will also die Zustimmungsbehörde ein öffentliches Bauvorhaben mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung zulassen und verweigert die Gemeinde ihr dazu erforderliches Einvernehmen, muß sie die höhere Verwaltungsbehörde beteiligen, die dann über die planungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens allein entscheidet. Handelt es sich bei dem Vorhaben um eines, das der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dient, entscheidet die höhere Verwaltungsbehörde, nachdem sie die Gemeinde nach

1) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 1 Satz 1 BauOBl.

§ 37 Abs. 2 Satz 2 BBauG gehört hat, § 37 Abs. 2 Satz 1 BBauG. Will die höhere Verwaltungsbehörde das Vorhaben nicht zulassen oder widerspricht ihm die Gemeinde, so entscheidet der zuständige Bundesminister im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministern und im Benehmen mit der obersten Landesbehörde. Die Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG wird regelmäßig im Rahmen des ^{/bauordnungsrechtlichen} Zustimmungsverfahrens getroffen. Sie kann aber auch isoliert gefällt werden, und zwar dann, wenn es sich um ein Vorhaben handelt, welches der Landesverteidigung unmittelbar dient. Für Vorhaben dieser Art findet das Zustimmungsverfahren nicht statt, so daß die Bauerlaubnis nicht in Form der Zustimmung, sondern allein in der städtebaulichen Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG ergeht.

I. Vorhaben

Zwar verwendet § 37 Abs. 1 im Gegensatz zu § 37 Abs. 2 BBauG den Begriff der "baulichen Anlage" und nicht den des "Vorhabens", es entspricht jedoch der allgemeinen Auffassung, daß kein sachlicher Unterschied zwischen beiden Bezeichnungen besteht; das ergibt sich aus der Überschrift - "Bauliche Maßnahmen" -, aus den Bezeichnungen "Vorhaben" in § 37 Abs. 2 Satz 1 BBauG, "Bauvorhaben" in § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG, "Maßnahmen nach Abs. 1 und Abs. 2" in § 37 Abs. 3 BBauG. Ebenso zeigt das systematische Stellung des § 37 BBauG innerhalb des Abschnittes "Zulässigkeit von Vorhaben" ¹⁾. Das bedeutet, daß es sich um

1) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 3; Fickert, Zulässigkeit, Tz. 325, S. 315 f.; Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 4; Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 2 a - aa.

Vorhaben im Sinne des § 29 BBauG handeln muß; da jedoch § 37 BBauG wegen der Erwähnung des § 14 BBauG auch im Bereich einer Veränderungssperre anwendbar ist, ist der in diesen Fällen abweichende Begriff des Vorhabens des § 14 BBauG zu beachten.

1. Vorhaben im Sinne des § 29 BBauG

Ein Vorhaben im Sinne des § 29 BBauG ist die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung einer baulichen Anlage, die einer bauaufsichtlichen Genehmigung, Zustimmung oder Anzeige bedarf.

a) Bauliche Anlage

Die Maßnahme des öffentlichen Bauherrn muß also zunächst eine bauliche Anlage zum Gegenstand haben. Im Gegensatz zum Landesrecht ist im Bundesrecht der Begriff der baulichen Anlage nicht gesetzlich definiert. Die Begriffe sind nicht kongruent ¹⁾, weil Planungs- und Ordnungsrecht unterschiedliche Zwecke mit ihren Regelungen verfolgen. Einmal geht es um die Frage, ob ein Vorhaben für die städtebauliche Entwicklung erheblich ist und deshalb materiellen Vorschriften des Bodenrechts zu unterwerfen ist, andererseits geht es darum, ob es sich um ein Vorhaben handelt, das im Allgemeininteresse nicht ohne Beachtung gewisser ordnungsrechtlicher Vorschriften ausgeführt werden darf ²⁾. Einstellplätze ohne betonierten oder auf andere Weise befestigten Untergrund sind z.B. keine baulichen Anlagen im Sinne des § 29 BBauG, weil

1) BVerwG, U.v.31.8.73 - IV C 33.71 - E 44, 59 (60 f.).

2) BVerwG, aaO, S. 61.

es am Element des Bauens fehlt ¹⁾, während das Landesrecht sie wie solche behandelt, indem es Anforderungen an sie stellt ²⁾. Durch die Aufnahme von Fiktionen baulicher Anlagen in § 29 Satz 3 BBauG, nämlich Aufschüttungen, Abgrabungen größeren Umfangs, Ausschachtungen, Ablagerungen einschließlich Lagerstätten stimmen die Begriffe jedoch weitgehend überein ³⁾.

b) Bauaufsichtliches Verfahren

§ 29 BBauG setzt voraus, daß die bauliche Anlage einem bauaufsichtlichen Verfahren unterliegt, das heißt sie muß genehmigungs- oder zustimmungspflichtig, zumindest aber anzeigepflichtig sein. Handelt es sich um eine bauliche Anlage im bundesrechtlichen Sinne, gelten für sie die §§ 30 bis 37 BBauG dann nicht, wenn diese Anlage von einem bauaufsichtlichen Verfahren befreit ist, also z.B. nicht für die Verkehrsanlagen, die weder dem materiellen noch dem Verfahrensrecht der Bauordnungen unterworfen sind ⁴⁾. Zu beachten sind für diese Vorhaben jedoch die Festsetzungen der Bebauungspläne; das folgt aus dem Rechtsnormcharakter der Bebauungspläne (§ 10 BBauG) ⁵⁾, soweit sich für bestimmte Vorhaben nicht etwas anderes aus § 38 BBauG ergibt ⁶⁾.

Für Anlagen, die keine baulichen sind und trotzdem einem bauaufsichtlichen Verfahren unterliegen, wie

-
- 1) Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm.BBauG, § 29, Rdrn. 2, S. 464.
 - 2) Z.B. § 67 Abs. 8 bis 10 BauOBl.
 - 3) Würtemberger, BayVBl 82, 637 re. Sp.
 - 4) Z.B. Art. 1 Abs. 2 Nr. 1 BayBO, dazu oben A II 1 a.
 - 5) Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Bau-recht, § 40.3, S. 240.
 - 6) Dazu unten C II 3 b.

beispielsweise bestimmte Werbeanlagen ¹⁾, gelten die §§ 30 bis 37 BBauG nicht ²⁾. Bei der Anwendung des materiellen Bauplanungsrechts auf die Fiktionen baulicher Anlagen in § 29 Satz 3 BBauG entfällt die Voraussetzung eines bauaufsichtlichen Verfahrens ³⁾. Nimmt als der öffentliche Bauherr z.B. eine Ausschachtung vor, die nach dem Landesrecht nicht zustimmungsbedürftig ist, muß er sich nach den Bebauungsplänen richten und gegebenenfalls das Einvernehmen der Gemeinde einholen.

c) Vorhaben der Landesverteidigung

§ 29 Satz 2 BBauG schreibt vor, daß "dies" auch für Vorhaben gelte, die der Landesverteidigung dienen. Diese Anordnung stellt eine Verbindung zu Satz 1 der Vorschrift her, in dem bestimmt ist, daß die Vorhaben, die eine bauliche Anlage zum Gegenstand haben, zumindest der Anzeigepflicht unterliegen müssen, damit die §§ 30 bis 37 BBauG zur Anwendung kommen. Vorhaben, die dem Verteidigungszweck unmittelbar dienen, unterliegen nach § 3 VOöB keinem bauaufsichtlichen Verfahren im Sinne des § 29 BBauG. Sie sind zwar der zuständigen Behörde in geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen, aber unter einer Anzeige versteht § 29 Satz 1 BBauG nur einen solchen Akt, durch den die Bauaufsicht zu einer Prüfung des Vorhabens veranlaßt wird. Eine Überprüfung erfolgt bei Verteidigungsanlagen nicht. Aus § 29 Satz 2 BBauG könnte der Schluß gezogen werden, daß für Anlagen, die der Landesverteidigung

1) § 82 Abs. 1 iVm der Differenzierung in § 15 Abs. 1 BauOBln.

2) BVerwG, B.v. 29.12.64 - I C 97.63 - NJW 65, 879.

unmittelbar dienen, die §§ 30 bis 37 BBauG nicht gelten ¹⁾. Den Materialien zum BBauG ist zu entnehmen, daß § 29 Satz 2 BBauG das Gegenteil anordnen will: Die Vorschrift stellt klar, daß Verteidigungsbauten in jedem Fall, also auch dann, wenn sie keinem bauaufsichtlichen Verfahren unterliegen, den §§ 30 bis 37 BBauG unterworfen sind ²⁾.

2. Vorhaben im Sinne des § 14 BBauG

Im Bereich einer Veränderungssperre deckt sich der Begriff des Vorhabens mit dem des § 29 BBauG nur teilweise. Dabei beziehen sich auf bauliche Anlagen nur die Nr. 2 und Nr. 3 des § 14 Abs. 1 BBauG ³⁾. Vorhaben im Sinne der Nr. 3 sind Errichtung, Änderung und Beseitigung einer genehmigungspflichtigen oder zustimmungsbedürftigen Anlage. Alle nicht genehmigungs- oder zustimmungsbedürftigen Vorhaben, also auch die nach Landesrecht anzeigepflichtigen, fallen unter die Nr. 2.

II. Vorhaben des Bundes oder eines Landes

Bund und Länder müssen als juristische Personen des öffentlichen Rechts Bauherren sein ⁴⁾; insoweit besteht Übereinstimmung mit dem Landesrecht. § 37 BBauG gilt jedoch unabhängig davon, ob der öffentliche Bauherr das Genehmigungs- oder das Zustimmungsv erfahren für sein Vorhaben wählt, also auch dann,

-
- 1) OVG Münster, B.v. 24.1.67 - XB 627/67 - OVGE 23, 272 (274), vgl. auch Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 29, Anm. 1 f.
 - 2) Ausschlußbericht BT Drs III/1974, S. 10, zu § 29 a.
 - 3) Finkelnburg in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 17 IV, S. 93.
 - 4) Allg. Auffassung, vgl. Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 5.

wenn er das Vorhaben nicht von seiner Bauverwaltung, sondern von einem privaten Unternehmer ausführen läßt.

Obwohl § 37 Abs. 2 BBauG so verstanden werden kann, daß als Bauherr der dort genannten Vorhaben auch ein Land auftreten kann, was im Fall der Anlagen, die dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, wegen Fehlens eines Gesetzes nach Art. 87 b Abs. 2 Satz 1 GG denkbar ist ¹⁾, spricht die wesentliche Entscheidungsbefugnis eines Bundesministers über das Vorhaben eher dafür, daß es sich auch bei diesen Anlagen um Bauten des Bundes handeln muß; danach wären Anlagen des Landes für den zivilen Bevölkerungsschutz dem Verfahren nach § 37 Abs. 1 BBauG unterworfen.

III. Besondere öffentliche Zweckbestimmung

§ 37 BBauG setzt voraus, daß das Vorhaben einem besonderen öffentlichen Zweck zu dienen bestimmt sein muß, der ein Abweichen vom BBauG und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften erfordert. Zwischen der Zweckbestimmung und der Abweichung muß ein Kausalzusammenhang im Sinne einer Erforderlichkeit bestehen ²⁾. Es muß sich um Anlagen handeln, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Allgemeinheit ein Zurücktreten des öffentlichen oder auch privaten Interesses an der Einhaltung der bauplanungsrechtlichen Bestimmungen im Einzelfall rechtfertigen können ³⁾.

Das Vorhaben muß dem öffentlichen Zweck unmittelbar

-
- 1) Fickert, Zulässigkeit, Tz. 331, S. 139, geht davon aus, daß die Vorschrift auch Landesbauten erfaßt.
 - 2) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 8.
 - 3) OVG NRW, U.v. 13.3.81 - 10 A 2501/79 - OVG 35, 208 (209).

dienen, wie das in der Regel nur bei Verwaltungsvermögen und nicht beim Finanzvermögen der Fall ist ¹⁾, welches erst durch seinen Ertrag und nicht schon durch seine Substanz den öffentlichen Zwecken dient, wie z.B. staatliche Fabriken, Gruben, Salinen, Domänen oder Bäder ²⁾. Vorhaben mit fiskalischer Zweckbestimmung scheiden aus ³⁾. Es kommen nur die Anlagen in Betracht, die die Verwaltung braucht, um ihre öffentlichen Aufgaben unmittelbar zu erfüllen, wie z.B. Verwaltungsgebäude ⁴⁾, ein Finanzbauamt, eine Postniederstelle ⁵⁾ oder eine Schule ⁶⁾.

Durch das Erfordernis "besondere" an die öffentlichen Zweckbestimmung wird eine darüber hinausgehende Anforderung an diesen Zweck gestellt; das Vorhaben muß sich wegen seiner Aufgabenstellung nach Art, Ausführung oder Auswirkung von sonstigen Bauten unterscheiden, außerdem muß es auf einen bestimmten Standort angewiesen sein ⁷⁾. Solche Vorhaben können sein: Tuberkuloseheilstätten ⁸⁾, technische Anlagen der Daseinsvorsorge ⁹⁾, Stauwerke, Brücken, Sendeanlagen ¹⁰⁾, Ortsvermittlungsstellen ¹¹⁾ und Fernmeldeämter der Bundespost, Fachschulen, Theater ¹²⁾.

Erforderlich ist die Abweichung von den städtebaulichen Vorschriften wegen der Zweckbestimmung der Anlage bereits dann, wenn sie vernünftigerweise geboten ist; die Abweichung muß nicht das einzige Mittel zur Verwirklichung des Vorhabens sein; es kommt auch auf Fragen der Wirtschaftlichkeit und Zumutbarkeit

1) BVerwG, V.v.16.7.81 - 4 B 96.81 - ZfBR 81, 243 re.Sp.

2) Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, 2 cc.

3) OVG NRW, U.v.13.3.81 - 10 A 2501/79 - OVGE 35, 208 (211); Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 8; einschränkend Fickert, Zulässigkeit, Tz. 327, S. 316.

4) Schütz in: Schütz/Frohberg, Komm.BBauG, § 37, Anm. 2 S. 232.

5 - 12) Siehe nächste Seite.

an ¹⁾. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit nach § 37 BBauG kann den einer Abweichung entgegenstehenden Belangen nur dadurch Rechnung getragen werden, daß die Anforderungen an die Erforderlichkeit vom Gewicht der entgegenstehenden Belange mitbestimmt werden; das bedeutet, je stärker das Vorhaben die Umgebung beeinträchtigt, um so größer müssen die Anforderungen an die Erforderlichkeit der Abweichung sein ²⁾.

Die besondere öffentliche Zweckbestimmung, die eine Abweichung vom Planungsrecht erforderlich macht, muß auch bei den Vorhaben des § 37 Abs. 2 BBauG gegeben sein. Das zeigt der Gebrauch der Formulierung "handelt es sich dabei" am Anfang der Vorschrift ³⁾. Regelmäßig wird diese Voraussetzung bei den Anlagen der Landesverteidigung, des Bundesgrenz- und des zivilen Bevölkerungsschutzes gegeben sein ⁴⁾, sie kann aber fehlen, wenn ein nur untergeordneter Teil der vorhandenen Anlage des § 37 Abs. 2 BBauG Gegenstand des Baugesuches ist ⁵⁾. Dann fehlt die entscheidende Voraussetzung für ein Abweichen vom Planungsrecht, und das in § 37 Abs. 2 BBauG vorgeschriebene Verfahren kommt nicht zur Anwendung, sondern es gelten die allgemeinen Regelungen des BBauG.

Fußnoten von der vorigen Seite:

- 5) Fickert, Zulässigkeit, Tz. 327, S. 316.
- 6) Schütz in: Schütz/Frohberg, Komm.BBauG, § 37, Anm.2 S. 232.
- 7) BVerwG, B.v.16.7.81 - 4 B 96.81- ZfBR 81, 243 re.Sp.
- 8) Knaup/Ingenstau, Komm.BBauG, § 37, Rdnr.1, S.172.
- 9) BVerwG, U.v.16.7.81, aaO, S. 243 re. Sp.
- 10) Schütz, aaO, Anm. 2, S. 232.
- 11) OVG NRW, U.v.13.3.81 - 10 A 2501/79 - OVG 35,208 (210).
- 12) Fickert, aaO, Tz. 327, S. 317.

Fußnoten dieser Seite:

- 1) BVerwG, B.v.16.7.81, aaO, S. 243 re. Sp.: insoweit könne sich die Auslegung an dem gleichlautenden Begriff in § 31 Abs. 2 Satz 1 2.Alt.BBauG 76 ausrichten
- 2) OVG NRW, U.v.13.3.81, aaO, S. 211.
- 3) OVG Münster, B.v.24.11.67 - X B 627/67 - OVG 23, 272 (274) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Anm. 16.
- 4) BVerwG, B.v.16.7.81, aaO, S. 243 re. Sp.
- 5) OVG Münster, B.v.24.11.67, aaO, S. 274 f.

IV. Verfahren nach § 37 Abs. 1 BBauG

Für alle Vorhaben des Bundes oder eines Landes mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung, das nicht unter die Vorhaben des § 37 Abs. 2 BBauG fällt, richtet sich das Verfahren nach § 37 Abs. 1 BBauG. Danach entscheidet die höhere Verwaltungsbehörde, wenn das Einvernehmen der Gemeinde nach den §§ 14, 31 oder 36 BBauG nicht erreicht worden ist. Da die Freie und Hansestadt Hamburg gemäß § 188 Abs. 6 BBauG für die Anwendung des BBauG auch als Gemeinde gilt, kommt es dort auf das fehlende Einvernehmen nicht an, da staatliche Behörde und Gemeinde zusammenfallen. Gleiches muß für Berlin gelten, da Berlin nach Art. 1 Abs. 1 VvB Land und Gemeinde zugleich ist.

Die höhere Verwaltungsbehörde des § 37 Abs. 1 BBauG ist die Behörde der Mittelstufe im Behördenaufbau der Länder. In Ländern mit zweistufigem Verwaltungsaufbau ist die oberste Landesbehörde zugleich höhere Verwaltungsbehörde, wie § 148 Abs. 2 BBauG zu entnehmen ist. Grundsätzlich sind also die das Gesuch auf Zustimmung zu einem öffentlichen Bauvorhaben und die "höhere Verwaltungsbehörde" des § 37 BBauG identisch. Gemäß § 147 Abs. 3 BBauG können aber die Landesregierungen durch Rechtsverordnung die Aufgaben der höheren Verwaltungsbehörde aus dem BBauG auf andere staatliche Behörden, Landkreise oder kreisfreie Gemeinden übertragen. Das ist in Hessen für den Raum Frankfurt am Main und Wiesbaden geschehen. Dort nimmt gemäß § 3 Abs. 2 der Zweiten Verordnung zur Durchführung des BBauG ¹⁾ der Minister des Innern die Aufgaben der höheren Verwaltungsbehörde in den

1) Vom 20.6.61, GVBl S. 8, zuletzt geändert durch VO vom 7.9.78, GVBl I S. 518.

Fällen des § 37 BBauG wahr.

Zunächst muß auch für ein Vorhaben mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung versucht werden, mit dem regulären Instrumentarium des BBauG zurecht zu kommen, also eine mit der Gemeinde einvernehmliche Entscheidung zu treffen. Zu beachten ist auch die Fiktion in § 36 Abs. 2 Satz 1 und § 31 Abs. 3 BBauG, nach der das Einvernehmen als erteilt gilt, wenn die Behörde nicht innerhalb von 2 Monaten nach Eingang des Einvernehmensersuchens widersprochen hat. Das gilt allerdings dann nicht, wenn § 37 BBauG im Bereich einer Veränderungssperre Anwendung finden soll, weil § 14 BBauG die Fiktion nicht enthält.

Die Feststellung der Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 BBauG sowie der Versuch, das gemeindliche Einvernehmen herzustellen, obliegt der Behörde, bei der nach Landesrecht der Antrag auf Zustimmung zu stellen ist ¹⁾. Erst wenn es nicht gelingt, zu einer einvernehmlichen Entscheidung mit der Gemeinde zu kommen, wird die höhere Verwaltungsbehörde, die § 37 Abs. 1 BBauG bezeichnet, zuständig. Regelmäßig sind jedoch die Behörde, die über das Zustimmungsgesuch entscheidet, und die höhere Verwaltungsbehörde des § 37 BBauG identisch.

Fraglich ist, ob das Verfahren nach § 37 Abs. 1 BBauG auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert hat und die Bauaufsicht die Kommunalaufsicht nicht einschalten will, um auf diesem Wege die Erklärung des Einvernehmens zu

1) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 10; Fickert, Zulässigkeit, Tz. 330, S. 318; Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 2 b - bb; die Gegenansicht, daß dafür die höhere Verwaltungsbehörde zuständig sei, so Graf von Schack, Urteilsanm., DVBl 68, 528, kommt regelmäßig zu keinem anderen Ergebnis, weil die Behörden in der Regel identisch sind.

erreichen. Nach allgemeiner Auffassung ist die Genehmigungs-, also auch die Zustimmungsbehörde an eine rechtswidrige Verweigerung des Einvernehmens gebunden ¹⁾. Gegenüber einer Bindung der Behörde an eine rechtswidrige Entscheidung der Gemeinde könnten deshalb Bedenken bestehen, weil die Erklärung des Einvernehmens - und das müßte dann auch für die Verweigerung gelten - nicht als Verwaltungsakt, sondern als Internum gewertet wird ²⁾; das allgemeine Verwaltungsrecht spricht Verbindlichkeit nur dann einer rechtswidrigen Maßnahme zu, wenn es sich dabei um einen Verwaltungsakt handelt. Es ist daher überlegt worden, ob rechtswidrige Erklärungen einer Behörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts nicht nach den Grundsätzen des § 134 BGB als unbeachtlich behandelt werden sollten ³⁾, zumindest soweit die Entscheidung über das Einvernehmen nicht im Ermessen der Gemeinde steht, wie es in § 36 iVm §§ 33, 34, 35 BBauG der Fall ist ⁴⁾. Dabei muß berücksichtigt werden, daß man der Genehmigungsbehörde auf diese Weise die Entscheidungsbefugnis über Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verhaltens der Gemeinde aufbürdet, ihr also gewissermaßen die Aufgaben der Kommunalaufsicht überträgt, gegen die der Gemeinde zudem im Gegensatz zu kommunalaufsichtlichen Maßnahmen keine Rechtsmittel zustehen. Sie könnte lediglich die Bauerlaubnis anfechten ⁵⁾. Dagegen könnte nun

1) BVerwG, U.v. 19.11.65 - IV C 184.65 - DVBl 66,177 (178); U.v. 19.11.65 - IV C 133.65 - DVBl 66,181 (182); Dyong in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm. BBauG, § 36, Rdnr. 20.

2) Grundlegend BVerwG, U.v. 25.10.67 - IV C 129.65 - E 28, 145 (146 ff.); vgl. umfangreiche Nachweise aus Rechtsprechung und Schrifttum bei Dyong, aaO, Rdnr. 16. Anders die ältere Rechtsprechung und Literatur; vgl. Nachweise bei Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm. BBauG, § 36, Anm. 3 a - bb.

3) Schrödter, Urteilsanm., DVBl 66,182 (184 li. Sp.).

4) Baumanns, Verfahrensrecht, Anm. 71, S. 62.

5) Weyreuther, Außenbereich, Einvernehmen Nr. 12, S. 155f. Zu den Konsequenzen, wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert, die Genehmigung erteilt wird und die Gemeinde anfecht, vgl. Hager, BayVBl 80, 131, 134 li. Sp.

wiederum eingewandt werden, daß der höheren Verwaltungsbehörde, die ja in der Regel mit der Zustimmungsbehörde identisch ist, vom BBauG zahlreiche Befugnisse eingeräumt werden, die städtebaulichen Aufsichtsbefugnissen entsprechen, wie z.B. die §§ 6, 11 16 und 25 BBauG mit ihren Genehmigungsvorbehalten und § 19 Abs. 3, 31 Abs. 2 und § 36 Abs. 1 mit ihren Zustimmungsvorbehalten zeigen, so daß aus diesem Grunde eine Bindung an ein rechtswidrig verweigertes Einvernehmen entfallen könnte ¹⁾, ganz besonders dann, wenn die Verweigerung offensichtlich rechtsirrig oder unsachlich erfolgt ist ²⁾. Macht man jedoch die Offensichtlichkeit zum Maßstab, ist Rechtsunsicherheit die Konsequenz, da zu einer solchen Frage sehr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden können. Im Ergebnis sollte daher an einer Bindung auch an das rechtswidrig verweigernde Einvernehmen festgehalten werden. Das Verfahren nach § 37 Abs. 1 BBauG kommt also auch dann zur Anwendung, wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig verweigert.

V. Verfahren nach § 37 Abs. 2 BBauG

Liegen die beschriebenen, für beide Absätze des § 37 BBauG gleichermaßen erforderlichen Voraussetzungen vor, richtet sich das Verfahren nach § 37 Abs. 2 BBauG, wenn eines ^{der} in der Vorschrift aufgeführten Vorhaben Gegenstand des Zustimmungsgesuches ist.

1. Vorhaben des § 37 Abs. 2 BBauG

Das Verfahren richtet sich nach § 37 Abs. 2 BBauG, wenn

1) Vgl. Graf von Schack, Urteilsanm., DVBl 68, 528 (529 li. Sp.).

2) Gelzer, Bauplanungsrecht, Rdnr. 799-801, S. 294 f.

das Vorhaben eine Anlage betrifft, die der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dient.

a) Vorhaben, die der Landesverteidigung dienen

Der Begriff der Landesverteidigung umfaßt sowohl Anlagen zur Abwehr äußerer Angriffe als auch Anlagen zum Aufbau einer Landesverteidigung im Innern. Er ist nicht zu eng auszulegen und deckt neben taktischen Anlagen z.B. auch Bauten für die Nachrichtenübermittlung, Geräte- und Kraftfahrzeugparks sowie Kasernen ¹⁾. Der Kreis der Vorhaben, den § 37 Abs. 2 BBauG erfaßt, wird dadurch eingeschränkt, daß die Anlagen der besonderen öffentlichen Zweckbestimmung im Sinne des § 37 Abs. 1 BBauG dienen müssen, so daß Verwaltungsbauten nicht ²⁾ und auch regelmäßig Wohngebäude für das Stammpersonal nicht dazugehören ³⁾, falls man solche Anlagen überhaupt als Verteidigungsanlagen bezeichnet.

Sind die Grundstücke, auf denen diese Art von Anlagen errichtet werden sollen, nach dem Landbeschaffungsgesetz beschafft worden, entfällt das Verfahren nach § 37 Abs. 2 BBauG, so § 37 Abs. 4 Satz 2 BBauG.

b) Vorhaben, die dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen

Unter Vorhaben, die dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, sind Anlagen zu verstehen, die im Zusammen-

1) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 16.

2) Zinkahn, aaO, Anm. 16; Schütz in: Schütz/Frohberg, Komm.BBauG, § 37, Anm. 3, S. 233.

mit der Verteidigungsbereitschaft der Bundesrepublik stehen, also nicht Schutzbauten gegen sonstige Katastrophenfälle wie z.B. Deiche ¹⁾. Es kommen vor allem die öffentlichen Schutzbauten und Großschutzzräume als Mehrzweckbauten, die gemäß § 3 Nr. 1 und 2 des Gesetzes über den Zivilschutz ²⁾ errichtet werden können, als Bauaufgaben des Bundes in Betracht. Für den Warndienst ist gemäß § 7 Abs. 1 und 2 dieses Gesetzes zwar der in bundeseigener Verwaltung geführte Warndienst zuständig, die dafür erforderlichen baulichen Anlagen haben nach § 7 Abs. 3 des Gesetzes jedoch die Gemeinden zu errichten; es handelt sich daher nicht um öffentliche Bauten im Sinne des § 37 BBauG.

c) Vorhaben, die dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen

Hierbei kann es sich nur um solche Anlagen handeln, die es dem Bundesgrenzschutz ermöglichen, seine vom Gesetz bestimmten Aufgaben zu erfüllen. § 33 Abs. 1 Nr. 3 BGSb berechtigt den Bundesgrenzschutz, u.a. Grenzpfade, Durchlässe, Übergänge oder Brücken zu errichten. Weitere Beispiele sind Unterkünfte für Mannschaften, Fahrzeug- und Geräteschuppen ³⁾, Grenzschutzfachschulen ⁴⁾; nicht dazu gehören Wohnungen für die Familien der Angehörigen des Bundesgrenzschutzes ⁵⁾ und Verwaltungsgebäude, wie z.B. eine Bonner Dienststelle ⁶⁾, weil es bei diesen Anlagen an dem besonderen öffentlichen Zweck fehlt, den § 37 Abs. 1 BBauG voraussetzt.

1) Schütz in: Schütz/Frohberg, Komm.BBauG, § 37, Anm.3, S. 234.

2) IdF vom 9.8.76, BGBl I S. 2110.

3) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Anm. 3 a.

4) Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 3 a.

5) Heitzer/Östreicher, Komm.BBauG, § 37, Anm.2, S. 327.

6) Schütz in: Schütz/Frohberg, Komm.BBauG, § 37, Anm.3, S. 233.

2. Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde

§ 37 Abs. 2 BBauG schreibt vor, daß für die Vorhaben nur die "Zustimmung" der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich ist. Diese Zustimmung muß die Behörde einholen, bei der der öffentliche Bauherr das Baugesuch, also den Genehmigungs- oder den Zustimmungsantrag, gestellt hat. Beim Zustimmungsantrag ist das regelmäßig die Behörde der Mittelstufe, nur in Ländern mit zweistufigem Verwaltungsaufbau die oberste Landesbehörde, also in den meisten Fällen dieselbe Behörde ¹⁾.

Die städtebauliche "Zustimmung" im Sinne des § 37 Abs. 2 BBauG hat eine andere Funktion als die Zustimmung nach den §§ 31, 36 BBauG. Während in den Fällen der §§ 31, 36 BBauG die höhere Verwaltungsbehörde lediglich die Möglichkeit hat, die Entscheidung der Bauaufsicht rechtlich zu kontrollieren, ihr also verbietet, die Ermessensentscheidung der Genehmigungsbehörde durch eigene Erwägungen zu ersetzen ²⁾, ist die Zustimmung des § 37 Abs. 2 BBauG eine Sachentscheidung ³⁾. Daher greift auch die Fiktion des § 36 Abs. 2 BBauG hier nicht: der dort vorgesehene Fristablauf ersetzt die Zustimmung im Sinne des § 37 Abs. 2 BBauG nicht.

Vor Erteilung der Zustimmung, so bestimmt es § 37 Abs. 2 Satz 2 BBauG, hat die höhere Verwaltungsbehörde die Gemeinde "zu hören", das heißt ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Vorhaben ⁴⁾ zu geben. In Hamburg entfällt die Anhörung der Gemeinde, weil nach

1) Zu den Abweichungen oben B IV.

2) Vgl. Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm. BBauG, § 37, Rdnr. 17 iVm § 36, Rdnr. 41.

3) Zinkahn, aaO, § 37, Rdnr. 17.

§ 188 Abs. 6 BBauG die Freie und Hansestadt Hamburg für die Anwendung des Gesetzes auch als Gemeinde gilt, höhere Verwaltungsbehörde und Gemeinde also "zusammenfallen". Für Berlin gilt dasselbe, weil nach Art. 1 Abs. 1 VvB Berlin Land und Gemeinde zugleich ist. Berlin kommt aber als Standort von Anlagen nach § 37 Abs. 2 BBauG nicht in Betracht. Für Verteidigungsanlagen und Anlagen für den zivilen Bevölkerungsschutz deshalb nicht, weil Berlin durch Besatzungsrecht "entmilitarisiert" ist; Bundesgrenzschutzanlagen als Anlagen für eine Polizei des Bundes können in Berlin nicht errichtet werden, weil Berlin nach Nr. des Genehmigungsschreibens der Militärgouverneure zum Grundgesetz ¹⁾ nicht vom Bund regiert werden darf und folglich das BGS in Berlin auch nicht gilt.

Fraglich ist, ob die Gemeinden auch dann anzuhören sind, wenn die höhere Verwaltungsbehörde die städtebauliche Zustimmung nicht erteilen will. Der Wortlaut des § 37 Abs. 2 BBauG spricht dagegen, da es heißt, daß "vor Erteilung" der Zustimmung die Gemeinde zu hören ist. Ebenfalls dagegen könnte auch der Zweck der Anhörung sprechen. Das Anhörungsrecht trägt der Planungshoheit der Gemeinde Rechnung ²⁾; die Planungshoheit kann aber nur dann tangiert werden, wenn ein Vorhaben ausgeführt, nicht dagegen, wenn es unterbleiben soll. Weil die Vorschrift an die Versagung der Zustimmung eine Zuständigkeitsverlagerung knüpft, darf die höhere Verwaltungsbehörde im Rahmen des § 37 Abs. 2 BBauG nur

1) Vom 12.5.49, VOBl Brit.Zone, S. 416.

2) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 20.

eine stattgebende Entscheidung treffen. Aber auch die dann an die Stelle der höheren Verwaltungsbehörde tretende Bundesminister muß Kenntnis von der Stellungnahme der Gemeinde haben, da deren Position dieser Behörde gegenüber nicht schlechter sein darf als gegenüber der höheren Verwaltungsbehörde. Folglich ist die Gemeinde, auch wenn das Baugesuch abgelehnt werden soll, zu hören. Äußert die Gemeinde sich positiv zu dem Vorhaben, ist die Verwaltungsbehörde nicht verpflichtet, in diesem Sinne zu entscheiden. Widerspricht die Gemeinde, findet ebenfalls die Zuständigkeitsverlagerung nach § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG statt.

In den Fällen für die ein bauaufsichtliches Verfahren nicht angeordnet ist, also für die Vorhaben, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, ist fraglich, wer die städtebauliche Zustimmung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG einholt. Es kommt der öffentliche Bauherr¹⁾ oder die Baubehörde, der das Vorhaben nach § 3 VOöB zur Kenntnis zu bringen sind, in Betracht. Für die zweite Möglichkeit sprechen zwar Praktikabilitätserwägungen²⁾, gegen diesen Weg spricht jedoch die in § 3 VOöB enthaltene Regelung, nach der die Bauaufsicht bis auf die Entgegennahme der Information über das Vorhaben nicht mitwirkt. Ob mit dieser Regelung allerdings jegliches Tätigwerden der Behörde im Zusammenhang mit dem Vorhaben ausgeschlossen sein soll, ist zweifelhaft. Sicher gibt die Vorschrift der Behörde jedoch das Recht, die gewünschte Mitwirkung abzulehnen; ein Anspruch des Bauherrn auf die Mitwirkung ist ausgeschlossen.

In Bayern findet sich die Regelung, daß über die

-
- 1) Vgl. Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm. BBauG, § 37, Rdnr. 9.
2) Schrödter, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 3, S. 431; Graf von Schack, Urteilsanm., DVBl 68, 528.

Verteidigungsanlagen hinaus Bundesgrenzschutzanlagen und Bundesanlagen für den zivilen Bevölkerungsschutz vom bauaufsichtlichen Verfahren befreit sind, Art. 86 Abs. 5 BayBO. Sie sind ebenfalls lediglich zur Kenntnis der zuständigen Behörde zu bringen. Wenn diese Vorhaben aber bauaufsichtlich verfahrensfrei im Sinne des § 29 Satz 1 BBauG ausgeführt werden dürfen, führte das dazu, daß die §§ 30 bis 37 BBauG auf sie nicht anwendbar wären. Das wäre aber ein Widerspruch zu § 37 Abs. 2 BBauG, mit dem der Bundesgesetzgeber zeigt, daß er auch an diese Anlagen städtebauliche Anforderungen stellt ¹⁾. Hier muß also der öffentliche Bauherr selbst das Verfahren nach § 37 Abs. 2 BBauG durchführen lassen.

3. Entscheidung des zuständigen Bundesministers

Der für das Vorhaben "zuständige" Bundesminister entscheidet über dessen Zulässigkeit, wenn die höhere Verwaltungsbehörde dem Baugesuch nicht zugestimmt hat oder die Gemeinde dem Vorhaben widersprochen hat, § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG. Welcher Bundesminister der zuständige ist, ergibt sich aus der Geschäftsverteilung der Bundesregierung, vgl. dort § 9 ²⁾. Für seine Entscheidung bedarf er des Einvernehmens der "beteiligten" Bundesminister, § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG. Beteiligt sind die Minister, deren Ressortbelange durch die Ausführung des Vorhabens berührt werden ³⁾, also z.B. bei der Errichtung einer Kaserne im landwirtschaftlich genutzten Bereich der für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten zuständige Bundesminister ⁴⁾.

1) Dazu oben A V.

2) Vom 11.5.51, GMBI S. 137, zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 12.7.76, GMBI S. 354.

3) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 19.

4) Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 3 b.

Einvernehmen bedeutet völlige Willensübereinstimmung zwischen den beteiligten Stellen ¹⁾. Wenn also einer der beteiligten Bundesminister mit dem Vorhaben nicht einverstanden ist, entscheidet nach Art. 65 Satz 3 GG die Bundesregierung.

Der zuständige und die beteiligten Bundesminister entscheiden "im Benehmen" mit der zuständigen obersten Landesbehörde, § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG. Das Benehmen bedeutet, daß die entscheidungsbefugten Bundesminister lediglich dazu verpflichtet sind, bei ihrer Entscheidung die Auffassung der obersten Landesbehörde mitzuberücksichtigen ²⁾.

1) Vgl. Fickert, Zulässigkeit, Tz. 160, S. 185; Simon, Komm. BayBO, Art. 86 Rdnr. 6; Schultz, Diss., S. 33.
2) Fickert, Zulässigkeit, Tz. 160, S. 185; Schultz, Diss., S. 38.

C. Materielles Bauordnungsrecht und Bauplanungsrecht

Die Zustimmung zu einem öffentlichen Bauwerk ist, genau wie die Baugenehmigung, nur dann zu erteilen, "wenn das Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht" ¹⁾. Mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften sind alle Gesetze und Rechtsverordnungen gemeint, die die Bauaufsichtsbehörde aufgrund eigener Zuständigkeit zu prüfen hat oder die durch Beteiligung anderer Behörden zu beachten sind ²⁾. Im Folgenden werden nur das Bauordnungsrecht der Länder und das Bauplanungsrecht dargestellt.

I. Bauordnungsrecht der Länder

Bei den für den öffentlichen Bauherrn zu beachtenden materiell-rechtlichen Regelungen der Landesbauordnungen ist zu unterscheiden zwischen den Anforderungen, denen jedermann, also auch der öffentliche Bauherr, unterworfen ist und solchen Anforderungen, die allein den öffentlichen Bauherrn betreffen.

1. Materiell-rechtliche Anforderungen an das öffentliche Bauvorhaben

Die Landesbauordnungen enthalten für öffentliche Bauten kein besonderes materielles Recht; die von

1) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 1 Satz 1 BauOBl.

2) Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 41.II-1, S. 254.

den allgemeinen Regelungen abweichenden Zustimmungsvorschriften enthalten ausschließlich Verfahrensvorschriften. Die materiell-rechtlichen Regelungen der Bauordnungen sind daher auch für den öffentlichen Bauherrn verbindlich, und zwar als "Sockelrecht", darüber hinausgehende Anforderungen können sich aus spezialbaugesetzlichen Bundesvorschriften ergeben ¹⁾. Materiell-rechtliches Sonderrecht für den öffentlichen Bauherrn kann sich auch aus anderen Rechtsvorschriften der Länder ergeben. So ordnet in Berlin die Verordnung zum Schutz des Baumbestandes ²⁾ in § 6 Abs. 1 Satz 2 an, daß die Ausgleichsabgabe gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung nicht vom Bund und dem Land Berlin zu entrichten ist. Diese Abgabepflicht entsteht, wenn nach genehmigter Beseitigung eines geschützten Baumes Ersatzpflanzungen nicht möglich oder untunlich sind.

2. Besondere Verantwortlichkeit des öffentlichen Bauherrn

Die Bauordnungen enthalten die Regelung, daß der öffentliche Bauherr dafür verantwortlich ist, daß Entwurf und Ausführung seiner Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen ³⁾. Daneben finden sich in den Bauordnungen allgemeine, also für den öffentlichen und den privaten Bauherrn gleichermaßen geltende Regelungen, die ihn dafür verantwortlich erklären, daß bei der Baumaßnahme die öffentlich-

1) Dazu oben A VIII 1 b - cc.

2) Vom 11.1.82, GVBl S. 250.

3) Z.B. § 99 Abs. 5 BauOBl. In Bayern ist eine "Bau-dienststelle" dafür verantwortlich, Art. 86 Abs. 6 BayBO. Damit sind die Bauämter des öffentlichen Bauherrn gemeint.

rechtlichen Vorschriften eingehalten werden ¹⁾.
Darunter wird die polizeirechtliche Ordnungspflicht
verstanden ²⁾, die jedermann trifft, also keine
Besonderheit der öffentlichen Bauherreneigenschaft
ist.

a) Bedeutung der alleinigen Verantwortlichkeit

Über die eben genannten Regelungen hinaus erklären
die Bauordnungen von Bremen, Hamburg, Niedersachsen,
Nordrhein-Westfalen, dem Saarland und Schleswig-
Holstein den öffentlichen Bauherrn als "allein"
dafür verantwortlich, daß Entwurf und Ausführung
des Vorhabens den öffentlich-rechtlichen Vorschriften
entspricht ³⁾; in Hessen, daß mit der Zustimmung
keine Verantwortung für das Vorhaben übernommen
werde und der öffentliche Bauherr selbst dafür ein-
zustehen habe, daß die bauliche Anlage den Anforde-
rungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ent-
spricht, § 107 Abs. 7 Satz 1 HBO. Diese Vorschriften
erwecken den Eindruck, als sei der öffentliche Bauherr
allein für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen
Vorschriften verantwortlich und sonst niemand. Wenn
dieser Eindruck richtig wäre, hätte der bis Juli 1982
geltende Art. 103 Abs. 6 BayBO, der ebenfalls den
öffentlichen Bauherrn als allein verantwortlich er-
klärte, einen Widerspruch enthalten, denn Satz 2
dieser Vorschrift bestimmte, daß die Verantwortlich-
keit des Unternehmers und des Bauleiters unberührt
blieben. Da ein solcher Widerspruch unwahrscheinlich

1) Z.B. § 75 BauOBln.

2) Frank, ArchPF 80, 116 f.

3) § 106 Abs. 7 BremLBO, § 111 Abs. 6 HBauO, § 82
Abs. 7 Satz 1 NBauO, § 97 Abs. 8 BauONW, § 115
Abs. 3 LBO RP, § 108 Abs. 7 LBO S, § 104 Abs. 7
LBO SH.

ist, liegt die Annahme näher, daß Art. 103

Abs. 6 BayBO zwei unterschiedliche Verantwortlichkeiten ansprach. Davon ist auch bei den übrigen Regelungen für öffentliche Bauten auszugehen.

§ 107 Abs. 8 Satz 1 der Hessischen Bauordnung enthält bereits die in § 2 Abs. 3 VOÖB vorhanden gewesene Bestimmung, daß die zuständige Behörde mit der Zustimmung keine Verantwortung übernehme.

§ 2 Abs. 3 dieser Verordnung wurde dahingehend verstanden, daß die Pflicht der Bauaufsicht, im Rahmen des bauaufsichtlichen Verfahrens tätig zu werden, für das Zustimmungsverfahren gegenüber dem Genehmigungsverfahren eingeschränkt und die Behörde insoweit nicht verantwortlich sei ¹⁾. Dabei entsprach es zu dieser Zeit gefestigter Rechtsauffassung, daß die Baupolizeibehörde keine materiell-rechtliche Verantwortung an den baulichen Maßnahmen des öffentlichen Bauherrn trug ²⁾. Die Baupolizei trug nur die verfahrensrechtliche Verantwortung, womit die Einhaltung der Überwachungsvorschriften gemeint war. Das ist auch die Verantwortung, die die Sonderregelungen heute dem öffentlichen Bauherrn übertragen ³⁾. Dem öffentlichen Bauherrn gegenüber kommt ein Tätigwerden der Bauaufsicht während der Ausführung des Vorhabens nicht in Betracht ⁴⁾, das heißt, es dürfen keine Ordnungsverfügungen ergehen, die die Baumaßnahme betreffen.

Folglich hat der öffentliche Bauherr in den Bundesländern, in denen er von den Bauordnungen als allein verantwortlich erklärt wird, nicht nur die jedem Bauherrn obliegende Verantwortung für die Vereinbar-

1) Frank, ArchPF 80, 116 (118).

2) Frank, aaO, S. 118.

3) Frank, aaO, S. 118.

4) Thiel/Rössler/Schumacher, Baurecht in NRW, Komm. LBO, Anm. zu § 97.

barkeit des Vorhabens mit dem materiellen Baurecht, sondern er muß darüber hinaus selbst bauaufsichtlich überwachend tätig werden. Ausdrücklich bestimmt dies § 104 Abs. 8 LBO Der Umfang der bauaufsichtlichen Überwachung durch den öffentlichen Bauherrn entspricht dem Umfang, in dem die Bauaufsichtsbehörde davon entbunden ist ¹⁾.

Allein die Berliner Bauordnung teilt ausdrücklich die bauaufsichtliche Verantwortlichkeit zwischen dem öffentlichen Bauherrn und der Behörde; nach § 99 Abs. 5 BauOBl n trägt der öffentliche Bauherr die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Entwurfs und der Ausführung des Vorhabens; dies läßt jedoch die Verantwortlichkeit der Zustimmungsbehörde unberührt. Entsprechend ist die Rechtslage in den Bundesländern zu beurteilen, in denen die Bauordnungen den öffentlichen Bauherrn zwar für verantwortlich, aber nicht für allein verantwortlich erklären, also neben Berlin in Baden-Württemberg, Bayern ²⁾ und Hessen.

Es wird die Auffassung vertreten, der öffentliche Bauherr könne die ihm übertragenen Aufgaben der Bauaufsicht nur mit dem Mitteln des Privatrechts erfüllen, weil er nicht selbst zur Bauaufsichtsbehörde werde, denn diese sei abschließend in den Bauordnungen aufgeführt und Bund und Länder als öffentliche Bauherrn würden nicht genannt werden ³⁾. Die Tatsache, daß der öffentliche Bauherr nicht zur Bauaufsichtsbehörde wird, sagt nichts aus über die Rechtsnatur seiner Maßnahmen, weil darüber die Art der Maßnahme entscheidet und nicht die Person dessen, der sie erläßt. Anderenfalls wäre die Rechtsfigur des beliebigen Unternehmers nicht erklärbar und privat-

1) Vgl. Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 21.8.69, Nr. 2.2, mitgeteilt von Mang/Simon, Komm.BayBO, Art. 103 a.F.

2) A.A. für Bayern: Simon, Komm.BayBO, Art.86, Rdnr.26.

3) Frank, ArchPF 80, 116 (119).

rechtliches Handeln bei einem Hoheitsträger undenkbar.

Entscheidend ist also, ob die bauaufsichtlichen Aufgaben des öffentlichen Bauherrn solche sind, die Eingriffe von hoher Hand gegenüber Dritten zulassen. Da der öffentliche Bauherr Überwachung und Abnahme anstelle der hiervon gegenüber dem öffentlichen Bauherrn entbundenen Bauaufsicht vornehmen muß¹⁾, kommt

es darauf an, ob die Bauordnungen ein hoheitliches Vorgehen gegen Dritte, also nicht gegenüber dem Bauherrn selbst, bei diesen Maßnahmen

vorsehen. Die Vorschriften über Überwachung und Abnahme²⁾ räumen der Bauaufsicht Eingriffsbefugnisse

nur gegenüber dem Bauherrn ein; der Rechtscharakter von Überwachung und Abnahme ändert sich nicht, wenn Bauherr und Bauaufsicht zusammenfallen. Bedeutsam

ist die Frage des Rechtscharakters für den Fall von Pflichtverletzungen. Wird nämlich ein Dritter geschädigt, so haftet der öffentliche Bauherr öffentlich-

rechtlich (insbesondere § 839 BGB anstelle von §§ 823, 831 BGB). Eingriffsbefugnisse gegenüber Dritten ent-

halten die Vorschriften über Überwachung und Abnahme nicht. Sowenig wie der Bauaufsichtsbehörde auf der Grundlage der Überwachungs- und Abnahmevorschriften

gegen Bauunternehmer eines privaten Bauherrn Eingriffsbefugnisse zustehen, kann auch der öffentliche Bau-

herr hoheitlich gegen am Bau beteiligte Dritte vorgehen.

b) Ende der Verantwortlichkeit

Der öffentliche Bauherr trägt die Verantwortung, daß "Entwurf und Ausführung" des Vorhabens den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen³⁾, in

1) A.A. wohl Thiel/Rößler/Schumacher, Baurecht in NRW, Komm.LBO, Anm.zu § 97: Der öffentl. Bauherr übe nicht selbst die "Funktionen" der Bauaufsicht aus.

2) Z.B. §§ 94, 95 BauOBl.

3) Z.B. § 99 Abs. 5 Satz 1 BauOBl.

Hessen ist das nur für die Anforderungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angeordnet, § 107 Abs. 8 Satz 2 HBO. Die besondere Verantwortung des öffentlichen Bauherrn endet demnach mit Abschluß der Ausführung des Vorhabens.

Dieser Zeitpunkt wird unterschiedlich bestimmt:

Wenn das Zustimmungsverfahren abgeschlossen ist ¹⁾, der Bau vom öffentlichen Bauherrn als der Bauaufsicht "abgenommen" worden ist ²⁾ oder die Baumaßnahmen beendet sind ³⁾. Geht man davon aus, daß das Zustimmungsverfahren mit Erteilung der Zustimmung abgeschlossen ist und daß die Schlußabnahme erst nach Beendigung der Baumaßnahmen durchzuführen ist ⁴⁾, kann nur der letztgenannte Zeitpunkt richtig sein. Die sonderrechtliche Behandlung öffentlicher Bauten endet mit dem tatsächlichen Abschluß der Bauarbeiten.

Eine darüber hinausgehende Regelung enthält die Bayerische Bauordnung in Art. 86 Abs. 6 Satz 1

BayBO: Danach trägt die Baudienststelle auch die Verantwortung dafür, daß die Unterhaltung der Anlage den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht. Dementsprechend ordnet Art. 86 Abs. 7 BayBO an, daß öffentliche Bauvorhaben in und an bestehenden Gebäuden verfahrensfrei ausgeführt werden dürfen, soweit sie nicht zur Erweiterung des Bauvolumens oder zu einer der Genehmigungspflicht unterliegenden Nutzungsänderung führen.

Im übrigen gelten, sobald der oben bezeichnete Zeitpunkt erreicht ist, grundsätzlich die allgemeinen

1) Mang/Simon, Komm.BayBO, Art. 103 a.F., Rdnr. 26.

2) Koch/Molodovsky, Komm.BayBO, Art. 103 a.F., Erl. 2.2.

3) Schmaltz in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 7, S. 557.

Regelungen auch für öffentliche Bauten ¹⁾, etwa hinsichtlich der Unterhaltung, behördlicher Kontrolle, Prüfungen und Anordnungen. Insbesondere ist die untere Bauaufsichtsbehörde wieder regelmäßig zuständig ²⁾. Für die Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn, die Bauten des Trägers der Straßenbaulast und die in bundeseigener Verwaltung stehenden Schifffahrtsanlagen und -zeichen sowie die wasserbaulichen Anlagen sind ihre Träger dauernd allein verantwortlich; das ergibt sich aus § 38 Satz 1 BbG, § 4 Satz 1 FStrG und § 48 Satz 1 WaStrG. Die Träger werden als allein verantwortlich ^{dafür} erklärt, daß ihre Anlagen allen Anforderungen der Sicherheit und Ordnung genügen. § 100 Abs. 2 Satz 2 BauOBln enthält eine diesen Vorschriften vergleichbare Regelung für Versorgungsunternehmen und bestimmte Stellen der öffentlichen Verwaltung. Dabei handelt es sich im wesentlichen um Betriebsanlagen der landeseigenen Verkehrsunternehmen, wasserbauliche Anlagen, Fernmelde- und Anlagen der Gas-, Elektrizitäts-, Wärme- und Wasserversorgung sowie Sprengstofflager, § 100 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 BauOBln.

1) BayVGH, U.v. 11.5.77 - Nr. 54 XIV - BayVB1 77,767 (769) zu Art. 103 BayBO a.F.; Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 5.

2) Simon, aaO, Rdnr. 5.

II. Bauplanungsrecht

Grundsätzlich gelten auch für die öffentlichen Bauten die materiell-rechtlichen Vorschriften des Bauplanungsrechts, also insbesondere das BBauG und die Bebauungspläne. Eine besondere materiell-rechtliche Behandlung bestimmter öffentlicher Bauvorhaben sieht § 39 i BBauG vor. Für bauliche Anlagen des Bundes und der Länder enthält § 37 BBauG spezielle Regelungen, die darauf zu untersuchen sind, ob sie neben ihrer verfahrensrechtlichen auch materiell-rechtliche Bedeutung haben.

§ 38 BBauG trifft eine Aussage über das Verhältnis zwischen Fachplanung und Ortsplanung. Wenn sich herausstellt, daß die Vorschrift einen Vorrang der Fachplanung gegenüber der Ortsplanung anordnet, hat das zur Folge, daß die öffentlichen Bauten, die der Fachplanung nach den in § 38 BBauG genannten Gesetzen unterliegen, nicht an das Städtebaurecht gebunden sind.

1. Ausnahmen von den Planverwirklichungsgeboten

Die §§ 39 a ff BBauG enthalten die sogenannten "Planverwirklichungsgebote" ¹⁾. Die Vorschriften ermöglichen der Gemeinde die Anordnung von Bau-, Pflanz-, Nutzungs-, Abbruch-, Modernisierungs- und Instand-

1) Finkelnburg in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 21, S. 118.

setzungsgeboten. Auf diese Weise soll erreicht werden, daß die Gemeinden auf die städtebauliche Entwicklung Einfluß nehmen können, indem dem Bebauungsplan zur Durchsetzung verholfen wird.

§ 39 i BBauG ordnet in Absatz 1 an, daß die Planverwirklichungsgebote keine Anwendung auf Grundstücke finden, die den in den Nummern 1 bis 4 der Vorschrift genannten öffentlichen, im einzelnen genau bestimmten Zwecken dienen. Bei den von § 39 i Abs. 1 BBauG erfaßten Grundstücken handelt es sich im wesentlichen um solche, auf denen sich Anlagen des Bundes und der Länder befinden oder auf denen die Errichtung solcher Anlagen im Betracht kommt. Sie müssen der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes oder der Polizei (Kasernen, Hallen für Gerät, Beobachtungsanlagen usw.) oder des zivilen Bevölkerungsschutzes (Bunker und sonstige Schutzanlagen) dienen, § 39 i Abs. 1 Nr. 1 und 2 BBauG. Freigestellt von den Planverwirklichungsgeboten sind nach § 39 i Abs. 1 Nr. 3 BBauG ferner Grundstücke, auf denen sich Anlagen befinden, deren Errichtung den in § 38 BBauG genannten Fachplanungsgesetzen unterliegt; dabei handelt es sich in nicht unerheblichem Umfang um öffentliche Bauten. Die Nr. 4 des § 39 i Abs. 1 BBauG betrifft nicht die öffentliche Hand.

Der "Bedarfstträger" der genannten Grundstücke "soll" jedoch "auf Verlangen der Gemeinde" die in den §§ 39 b bis 39 e BBauG vorgesehenen Maßnahmen durchführen bzw. ihre Durchführung dulden, "soweit dadurch nicht die Erfüllung seiner Aufgaben beeinträchtigt wird", § 39 i Abs. 2 BBauG; dabei wird die Voraussetzung "Dulden" der § 39 f BBauG in den Anwendungsbereich der Regelung einbezogen.

Die Vorschrift "verpflichtet" nach den Motiven des Gesetzgebers die "öffentliche Hand zur Durchführung einer Gebotsmaßnahme, wenn nicht übergeordnete Gesichtspunkte aus der besondere Zweckbestimmung des Grundstücks die Aufgabenerfüllung des Bedarfsträgers beeinträchtigt" ¹⁾. Dementsprechend wird von der Kommentarliteratur ein einem Ermessen vergleichbarer Spielraum des Bedarfsträgers, auf den der Wortlaut der Regelung hindeutet, nicht angenommen ²⁾. Wenn eine Güterabwägung im Einzelfall zwischen der Verwirklichung der Bauleitplanung und den öffentlichen Aufgaben des Bedarfsträgers ergibt, daß die Bauleitplanung höher einzustufen ist, "muß" ³⁾ dem Verlangen der Gemeinde nachgekommen werden. Befindet sich eines der in § 39 i Abs. 1 BBauG bezeichneten Grundstücke in einem Gebiet nach § 39 h BBauG, in welchem die Genehmigung zu bestimmten Baumaßnahmen aus Gründen des Ortsbildes, des Denkmalschutzes oder des Schutzes der Erhaltung der bisherigen Zusammensetzung der Wohnbevölkerung dieses Gebietes versagt werden kann, so hat die Gemeinde den Bedarfsträger davon zu unterrichten, daß sein Grundstück den genannten Beschränkungen unterliegt, § 39 i Abs. 3 Satz 1 BBauG. Will der Bedarfsträger trotzdem bauen, so hat er sein Vorhaben der Gemeinde anzuzeigen, § 39 i Abs. 3 Satz 2 BBauG. Verlangt die Gemeinde daraufhin, er möge von der Ausführung absehen, "soll" er auch hier dem Verlangen der Gemeinde nachkommen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die die Gemeinde berechtigten, die Genehmigung zu versagen, und das dem Bedarfsträger unter Berücksichtigung seiner Aufgaben auch zugemutet werden kann, § 39 i Abs. 3 Satz 3 BBauG. Auch hier wird man entsprechend der Regelung in § 39 i Abs. 2 BBauG eine Verpflichtung des Bedarfsträgers bei Vorliegen der Voraussetzungen

1) Ausschlußbericht BT Drs 7/4793, S. 39.

2) Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm.BBauG, § 39 i Rdnr. 3, S. 661. Forts.nächste S.

der Vorschrift annehmen müssen.

2. Befreiung vom Planungsrecht

§ 37 Abs. 1 BBauG ordnet an, daß die höhere Verwaltungsbehörde entscheidet, wenn die besondere öffentliche Zweckbestimmung für bauliche Anlagen des Bundes oder eines Landes eine Abweichung von planungsrechtlichen Vorschriften erfordert und das Einvernehmen mit der Gemeinde nach den §§ 14, 31, 36 BBauG nicht erreicht worden ist.

a) § 37 BBauG als materiell-rechtliche Regelung

Es wird die Auffassung vertreten, § 37 BBauG enthalte ausschließlich Verfahrensrecht ¹⁾. Das ist aber nur unter der Voraussetzung denkbar, daß die Vorschrift ausschließlich Abweichungen von den planungsrechtlichen Vorschriften im Rahmen der ohnehin bestehenden Möglichkeiten, also insbesondere nach § 31 BBauG ermöglicht ²⁾. Gegen dieses Verständnis der Vorschrift spricht ihr Wortlaut. Danach sind Abweichungen von den Regelungen des BBauG zulässig, von denen Ausnahmen und Befreiungen normalerweise ausgeschlossen sind. Die Regelung nimmt § 36 BBauG in Bezug und schließt deshalb die Möglichkeit einer Abweichung auch von den §§ 34, 35 BBauG ein ³⁾. Diese Möglichkeit besteht nicht nur für die Vorschriften des BBauG, sondern auch für alle anderen "aufgrund dieses Gesetzes erlassenen

Fn. 2) dervorigen Seite: Wiebel in: Stadler/Baumgartner/Wiebel, Baurecht in Bayern, Komm.BBauG, § 39 i, Anm. 2, S. 238.

Fn. 3) der vorigen Seite: So ausdrücklich Schmaltz in: Schrödter, Komm.BBauG, § 39 i, Rdnr. 3, S. 472.

1) Knap/Ingenstau, Komm.BBauG, § 37, Anm. 1, S. 172; Weinisch/Neuffer/Müller, Baurecht in Hessen, Komm. BBauG, Erl. zu § 37.

2) Weinisch/Neuffer/Müller, aaO, Erl.zu § 37 BBauG; Wiebel, aaO, § 37, Anm. 1

3) ebg. v. 12. 2. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100

Vorschriften", § 37 Abs. 1 BBauG, also z.B. die Baunutzungsverordnung ¹⁾ und vor allem die Bebauungspläne. Das bestätigen auch Sinn und Zweck der Vorschrift, die darauf abzielen, den übergeordneten Interessen des öffentlichen Bauherrn an der Ausführung seines Vorhabens auch dann Geltung zu verschaffen, wenn das Vorhaben städtebaulich unzulässig ist ²⁾. § 37 Abs. 1 BBauG enthält also nicht nur Verfahrensrecht, sondern auch materielles Recht, und zwar einen besonderen Befreiungstatbestand ³⁾.

Grundsätzlich stehen Befreiungen im Ermessen der Verwaltung ⁴⁾, das gilt auch für das Bauplanungsrecht, wie § 31 Abs. 2 BBauG durch seinen Wortlaut zeigt ⁵⁾; danach "kann" die Genehmigungsbehörde unter bestimmten Voraussetzungen im Einzelfall Befreiungen erteilen. Bei § 37 Abs. 1 BBauG spricht der Wortlaut gegen ein der Verwaltung eingeräumtes Ermessen: Die Wortwahl "macht die ... Zweckbestimmung ... erforderlich ... abzuweichen, so entscheidet ..." spricht für eine gebundene Entscheidung, und so wird die Regelung auch überwiegend verstanden ⁶⁾. Im Ergebnis ist dieser Auffassung beizupflichten, da für eine Ermessensausübung bei Anwendung der Vorschrift kein Raum ist; ob die Zweckbestimmung des Vorhabens ein Abweichen vom Planungsrecht erfordert, verlangt eine Abwägung auf der Tatbestandsseite der Norm. Bei § 37 Abs. 1 BBauG dürfte es sich daher um einen vom Gesetz vorgesehenen Fall einer Befreiung mit einer "Ermessensreduzierung auf

1) IdF vom 15.9.77, BGBI I S. 1763.

2) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Anm. 6.

3) BVerwG, B.v.16.7.81 - 4 B 96.81 - ZfBR 81, 243 re. Sp.; OVG NRW, U.v. 13.3.81 - 10 A 2501/79 - OVG 35, 208 (209); OVG Münster, B.v. 24.11.67 - X B 627/67 - DVBl 68, 526 m.Anm.Graf von Schack; Schrödter, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 2, S.430; Schütz in: Schütz/Frohberg, Komm.BBauG, § 37, Anm.1, S. 232; Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 1, S. 604.

4 - 6) Siehe nächste Seite.

Null" ¹⁾ handeln, so daß aufgrund der Vorschrift eine gebundene Entscheidung ergeht, die jedoch mit Nebenbestimmungen ²⁾ verbunden werden kann.

b) Voraussetzungen der Befreiung

§ 37 BBauG fordert zwei Voraussetzungen für die Abweichung vom Planungsrecht. Zum einen muß es sich um eine bauliche Anlage des Staates mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung handeln; Einzelheiten dazu wurden bereits beim Verfahrensrecht für öffentliche Bauten dargestellt, so daß hier darauf verwiesen werden kann ³⁾.

Zum anderen verlangt § 37 BBauG, daß "das Einvernehmen mit der Gemeinde nach §§ 14, 31 oder 36 BBauG nicht erreicht worden" ist. Dabei könnte es sich um eine materiell-rechtliche Voraussetzung handeln: dann dürfte die Befreiung nur dann erteilt werden, wenn die Gemeinde mit dem Vorhaben nicht einverstanden ist. Das wäre ein widersinniges Ergebnis. Folglich kann das fehlende gemeindliche Einvernehmen ausschließlich verfahrensrechtliche Bedeutung haben. Auch wenn die Gemeinde ihr Einvernehmen erklärt hat, ist eine Abweichung von den städtebaulichen Vorschriften gemäß § 37 Abs. 1 BBauG möglich ⁴⁾; für die

Fußnoten von der vorigen Seite:

4) Wolff/Bachof, VerwR I, § 48 II c, S.406.

5) Vgl. Dyong in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm. BBauG, § 31, Rdnr. 61.

6) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm. BBauG, § 37, Rdnr. 9; Fickert, Zulässigkeit, Tz.327, S.315; Schrödter, Komm. BBauG, § 37, Rdnr. 6, S. 431; von Ermessen geht nur Schlez, Komm. BBauG, § 37, Rdnr. 5, S.253, aus.

Fußnoten dieser Seite siehe nächste Seite.

Befreiung ist dann nur nicht die höhere Verwaltungsbehörde, sondern die Baugenehmigungsbehörde zuständig, weil die in § 37 Abs. 1 BBauG angeordnete Zuständigkeit voraussetzt, daß das Einvernehmen mit der Gemeinde nicht erreicht worden ist. Die "Genehmigungsbehörde" für öffentliche Bauten ist jedoch die höhere Verwaltungsbehörde, wenn das öffentliche Bauherr das Zustimmungsverfahren durchführen läßt ¹⁾.

3. Das Verhältnis zwischen Ortsplanung und Fachplanung

Da der öffentliche Bauherr sein Vorhaben grundsätzlich nur dann ausführen darf, wenn es dem materiellen Recht des BBauG entspricht, stellt sich die Frage, ob neben § 37 BBauG weitere Regelungen zugunsten des öffentlichen Bauherrn bestehen, die Abweichungen vom Planungsrecht zulassen, insbesondere ob es einen Vorrang der Fachplanung gegenüber der Ortsplanung gibt.

a) Planung von Bundesfern- und Bundeswasserstraßen

Die §§ 16 Abs. 2 Satz 3 FStrG, 13 Abs. 3 Satz 1 WaStrG ordnen den Vorrang der Bundesplanung vor der Ortsplanung an; für die Planung der Linienführung der Bundesfernstraßen gilt dies allerdings nur "grundsätzlich", § 16 Abs. 2 Satz 3 FStrG. Beide Bestimmungen betreffen jedoch den Bereich der vorbereitenden Planung, also nicht das eigentliche Planfeststellungsverfahren.

Fußnoten der vorigen Seite:

- 1) Zu dieser Rechtsfigur vgl. Wolf/Bachof, VerwR I, § 31 II e 2, S. 203.
- 2) Schrödter, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 6, S.431, hält Auflagen für zulässig.
- 3) Dazu oben B II, III.
- 4) BVerwG, B.v.26.7.81 - 4 B 96.81 - ZfBR 81,243 re. Sp.; OVG NRW, U.v.13.3.81 - 10 A 2501/79 - OVGE 35, 208 (210)
- 1) dieser Seite: Vgl. dazu Rasch/Schaetzell, Komm.HBO, § 107, S. 329.

§ 13 Abs. 3 Satz 3 WaStrG ordnet an, daß die Gemeinde zur Anpassung ihrer Bauleitplanung an die Planung und Linienführung der Bundeswasserstraßen verpflichtet ist; darüber, ob die den Plan feststellende Behörde dann an den angepaßten Bebauungsplan gebunden ist oder ob sie davon abweichen darf, sagt die Vorschrift nichts aus. Entsprechendes dürfte für das FStrG gelten, kann aber offenbleiben, weil das FStrG in § 38 BBauG aufgenommen worden ist und diese Vorschrift gleich daraufhin untersucht wird, welche Aussage sie zum Verhältnis der Fachplanung zur Ortsplanung macht.

b) Von § 38 BBauG erfaßte Planfeststellungsverfahren

§ 38 Satz 1 BBauG bestimmt, daß die dort genannten Fachplanungsgesetze des Bundes von den "Vorschriften des Dritten Teils (des BBauG) unberührt" bleiben. In Satz 2 des § 38 BBauG ist angeordnet, daß das gleiche bei Planfeststellungsverfahren für überörtliche Planungen auf den Gebieten des Verkehrs-, Wege- und Wasserrechts nach landesrechtlichen Vorschriften gilt, wenn die Gemeinde beteiligt worden ist. Die in § 38 BBauG aufgeführten Fachplanungsgesetze enthalten die Zulässigkeitsvoraussetzungen zahlreicher Vorhaben des Bundes und der Länder. Aus der Vorschrift könnte sich ergeben, daß für diese Vorhaben die Regelungen des BBauG nicht gelten.

Da verfahrensrechtlich der Planfeststellungsbeschluß die nach den Einzelgesetzen erforderlichen Genehmigungen ersetzt, hätte es des § 38 BBauG nicht bedurft, wenn er ausschließlich den Zweck haben sollte, Doppelverfahren zu vermeiden, obwohl die amtliche Begründung der Vorschrift in diesem Sinn verstanden werden kann. Mit § 38 BBauG verfolgte der Gesetzgeber den Zweck,

klarzustellen, daß die Vorschriften des Dritten Teils des BBauG auf solche Vorhaben keine Anwendung finden sollten, über deren Zulässigkeit im Rahmen eines besonderen Planfeststellungsverfahrens entschieden werde ¹⁾. Dafür, daß § 38 BBauG keine materielle Aussage über das Rangverhältnis der Planungen trifft und ausschließlich das Verfahrensrecht des BBauG für die der Planfeststellung unterliegenden Vorhaben ausklammert, spricht auch § 39 i Abs. 3 Nr.1 BBauG. Danach finden die §§ 39 b bis 39 e BBauG keine Anwendung auf Grundstücke, auf denen sich Anlagen befinden, die den in § 38 BBauG genannten Gesetzen unterliegen. Die §§ 39 b bis 39 e BBauG enthalten materielles Recht, und zwar die Voraussetzungen für die Anordnung bestimmter baulicher Maßnahmen. Sie befinden sich im Dritten Teil des BBauG. Wenn die in § 38 BBauG aufgenommenen Vorhaben auch von den materiell-rechtlichen Vorschriften des Dritten Teils hätten unberührt bleiben sollen, hätte es der Regelung des § 39 i Abs. 1 Nr. 3 BBauG nicht bedurft, da die dort angeordnete Rechtsfolge sich bereits aus § 38 BBauG ergeben hätte.

Zu dieser ausschließlich das Verfahrensrecht betreffenden Wirkung des § 38 BBauG paßt indessen Satz 3 der Vorschrift nicht: Darin ist durch Verweisung auf § 37 Abs. 3 BBauG angeordnet, daß der Gemeinde die Kosten vom Träger des Vorhabens zu ersetzen sind, die dadurch entstehen, daß infolge der Maßnahmen ein Bebauungsplan aufgestellt, geändert, ergänzt oder aufgehoben werden muß. Die Regelung setzt also die Möglichkeit differierender Festsetzungen durch Bebauungsplan und Planfeststellungsbeschluß voraus und löst die Differenz zu Lasten der Gemeinde; sie ist verpflichtet, den Bebauungsplan dem Planfeststellungsbeschluß anzupassen. Das spricht für einen Vorrang

1) BT Drs. III/1974, S. 12.

der Fachplanung. Aus § 38 Satz 3 iVm § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG wird aber auch der gegenteilige Schluß gezogen: Da die Regelung den Träger des Vorhabens verpflichte, der Gemeinde die Aufwendungen zu ersetzen, die sie für "Entschädigungen nach diesem Gesetz (dem BBauG)" erbringen müsse, müsse auch der Dritte Teil des BBauG auf die Fachplanung anwendbar sein, weil anderenfalls keine Entschädigungsansprüche gegen die Gemeinde entstehen könnten, denn deren Voraussetzungen befänden sich im Dritten Teil, in den §§ 39 j ff. BBauG ¹⁾. Dieser Schluß ist nicht zwingend. Auch bei einem Vorrang der Fachplanung ist es nicht ausgeschlossen, daß die Gemeinde Entschädigung nach dem BBauG leisten muß; die Ansprüche können sich aus Folgemaßnahmen der Gemeinden zur Anpassung an die durch die Planfeststellung geschaffene tatsächliche Lage ergeben ²⁾.

Überwiegend wird aus § 38 BBauG der Vorrang der Fachplanung vor den gemeindlichen Bebauungsplänen hergeleitet ³⁾ mit der Folge, daß die den Plan feststellende Behörde das materielle Recht des Dritten Teils nicht zu beachten braucht. Der Dritte Teil umfaßt die §§ 29 bis 44 c BBauG. Als nicht beachtlich werden jedoch nur die §§ 30 bis 37 BBauG angesehen ⁴⁾. Ob diese Einschränk-

1) Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 38, Anm. III 3 b - aa.

2) Breuer, Planung, S. 203.

3) BVerwG, U.v.3.4.81 - 4 C 11.79 - Bundesbaurecht 7 (1981), S. 69 ff (71 f.); OVG Lüneburg, U.v.5.12.62 - OVG A 138/61 - VkB 63, 542; VGH BW, U.v.22.3.73 - III 809/71 - BRS 27, Nr. 45, S. 74 (75); Breuer, Planung, S. 201 ff; ders. Urteilsanm., DVBl 81, 971 (973 li. sp.); Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 7, Rdnr. 30; Schrödter, Komm.BBauG, § 1, Rdnr. 6, S. 120; Kodal, Straßenrecht, S. 716; Marschall/Schroeter/Kastner, Komm.FStrG, § 17, Rdnr. 9.1, S. 489; Manner, Diss., S. 128 f.; Hoppe in: Ernst/Hoppe, Öffentl.Bau- und Bodenrecht, Rdnr. 423; Schlarmann, Verhältnis, S. 67; Finkelnburg in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentl.Baurecht, § 27.5, S. 163; Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, § 40.6 b, S. 243.

4) BVerwG, U.v.3.4.81, aaO, S. 71 f.

kung richtig ist, kann offenbleiben, da § 37 BBauG, die Sonderregelung für öffentliche Bauten, von der Unstimmigkeit nicht betroffen ist. Der Vorrang der Fachplanung gegenüber der Ortsplanung bedeutet, daß die den Plan feststellende Behörde einen Planfeststellungsbeschluß herbeiführen kann, der im Innenbereich einem Bebauungsplan widerspricht oder durch den im Außenbereich ein Vorhaben ohne das sonst nach § 36 BBauG erforderliche Einvernehmen zuläßt ¹⁾. Wegen des Gebotes der Abwägung kollidierender Interessen, das auch im Fachplanungsrecht gilt ²⁾, darf die den Plan feststellende Behörde sich jedoch nicht einfach über die örtliche Bauleitplanung hinwegsetzen, sondern muß die darin enthaltenen Festsetzungen in ihre Abwägung einstellen; dabei kommen den im Bebauungsplan sich niedergeschlagenen städtebaulichen Vorstellungen der Gemeinde besonderes Gewicht zu ³⁾. Der Fachplanungsträger wird nur dann vom Bebauungsplan abweichen dürfen, wenn der Zweck des Vorhabens die Abweichung ähnlich wie in den Fällen des § 37 BBauG erfordert. Die Entscheidungsfreiheit des Fachplanungsträgers, mit dem Planfeststellungsbeschluß von den Bebauungsplänen abzuweichen, wird auch aus wirtschaftlichen Erwägungen eingeschränkt. § 38 Satz 3 iVm § 37 Abs. 3 BBauG legt ihm die Pflicht auf, der Gemeinde die Kosten zu ersetzen, die ihr wegen der abweichenden Planfeststellung durch Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des bestehenden Bebauungsplanes oder Aufstellung eines neuen entstehen, sowie die Entschädigungen zu erstatten, die sie wegen der Planänderung an betroffene Grundstückseigentümer zahlen muß. Diese Entschädigungsleistungen können eine beträchtliche Höhe erreichen und ihn daher veranlassen, auf die Durchführung eines

1) BVerwG, U.v.3.4.81 - 4 C 11.79 - Bundesbaurecht 7 (1981), 69 (71 f.).

2) Korbmacher, DÖV 78, 589 (595 re. Sp.).

3) Schlarmann, Verhältnis, S. 71; Brohm in: Vierteljahrhundert Straßenrechtsgesetzgebung, 343 (369); Finger, Komm.AEG, BbG, § 36 BbG, Anm.4, S. 221.

der Bauleitplanung entgegenstehenden Vorhabens zu verzichten ¹⁾.

Die Kommentatoren des BBauG gehen davon aus, daß § 38 BBauG über die in der Vorschrift angeführten Fachplanungsgesetze hinaus wasserrechtliche Planungen aufgrund Bundesrechts privilegieren, und zwar insbesondere solche aufgrund des WHG ²⁾. Sie argumentieren damit, daß, wenn bereits wasserrechtliche Planfeststellungen aufgrund Landesrechts privilegiert seien, dies erst recht für auf Bundesrecht beruhende Planfeststellungen gelten müsse; darüber hinaus handle es sich bei dem WHG um ein Rahmengesetz, das nur in Verbindung mit den Landeswassergesetzen gelte, so daß sich die Privilegierung unmittelbar aus § 38 Satz 2 BBauG ergebe. Wenn sich aber die Privilegierung aus § 38 Satz 2 BBauG ergibt, was überzeugend ist, bedarf es einer erweiternden Auslegung des § 38 Satz 1 BBauG nicht.

Die Privilegierung wird mit denselben Argumenten auch für das WaStrG vertreten ³⁾. Das ist aber deshalb nicht unbedenklich, weil das WaStrG erst nach Inkrafttreten des BBauG erlassen worden ist. Dabei hat der Gesetzgeber den § 38 BBauG nicht ergänzt, während er dies hinsichtlich des ebenfalls nach Inkrafttreten des BBauG ergangenen AbfG und des VersuchsanlG getan hat. Das könnte bedeuten, daß der Gesetzgeber Planfeststellungen aufgrund des WaStrG gerade vom Vorrang der Fachplanung gegenüber der Ortsplanung ausnehmen wollte ⁴⁾. Das wiederum ist unwahrscheinlich, da wohl

1) Schlarmann, Verhältnis, S. 72.

2) Bielenberg in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 7, Rdnr. 71; Heitzer/Östreicher, Komm.BBauG, § 38, Anm. 1, S. 330; Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 38, Anm. IV; Knaup/Ingenstau, Komm.BBauG, § 38, Rdnr. 1, S. 174.

3) Schlarmann, aaO, S. 29; Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm.BBauG, § 38, Rdnr. 12, S. 613; Schrödter, Komm.BBauG, § 38, Rdnr. 11 (3. Aufl.).

4) Friesecke, Komm.WaStrG, § 13, Anm. 8, S. 166.

keine bauliche Anlage so standortabhängig ist wie ein Wasserbau. Wegen der Anpassungspflicht der Bebaupläne an die lediglich vorbereitende Planung nach dem WaStrG gemäß § 13 Abs. 3 Satz 3 erscheint eine Privilegierung nach § 38 BBauG jedoch überflüssig.

c) Von § 38 BBauG nicht erfaßte Planfeststellungen

§ 38 BBauG erwähnt nicht die Planfeststellung für die Bundesanlagen zur Sicherstellung radioaktiver Abfälle gemäß § 9 b iVm 9 a Abs. 3 AtG, für die gemeinschaftlichen Anlagen gemäß § 41 FlurbG, die örtlich begrenzten Planungen aufgrund Landesrechts auf den Gebieten des Verkehrs-, Wege- und Wasserrechts, wie z.B. eine Bergbahn in Baden-Württemberg, die gemäß § 27 Abs. 3 iVm § 6 des Gesetzes über Eisenbahnen und Bergbahnen in Baden-Württemberg ¹⁾ der Planfeststellung unterliegt.

Denkbar ist aber, daß sich der Vorrang der Fachplanung vor der gemeindlichen Planung nicht aus § 38 BBauG, sondern bereits aus dem Wesen der Planfeststellung ergibt. Dann hätte § 38 BBauG nur deklaratorische Bedeutung ²⁾. Die Konzentrationswirkung der Planfeststellung könnte bedeuten, daß nicht nur die Genehmigungsvorbehalte, sondern darüber hinaus auch die Bindung des Vorhabens an das materielle Recht entfällt ³⁾. Diese Auffassung wird überwiegend nicht geteilt, sondern es wird eine Befreiung vom materiellen Recht durch die Planfeststellung nicht anerkannt ⁴⁾. Berufen kön-

1) Vom 30.5.78, GBl S. 277, geändert durch Gesetz v. GBl S. 97.

2) So Schrödter, Komm.BBauG, § 38, Rdnr. 3 in der 3. Aufl. nicht mehr in der 4. Aufl.

3) So Kodal, Straßenrecht, S. 487 in der 2. Aufl., anders in der 3. Aufl. S. 731; Hiddemann, Planfeststellung, S. 60 f.; Scheurer, Diss., S. 127; Manner, Diss. S. 50; Borgs, Komm.VwVfG, § 75, Rdnr. 1.

4) Schlarmann, Verhältnis, mit zahlreichen Nachw. aus dem Schrifttum in Fn. 1 auf S. 57.

nen sich die Vertreter dieser Auffassung auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes. Danach ist die den Plan feststellende Behörde an die sachlich-rechtlichen Vorschriften des für das Vorhaben maßgeblichen Rechts gebunden ¹⁾. Diese Auffassung hat sich in der Gesetzgebung niedergeschlagen. Das zeigt das Gesetz zur Berücksichtigung des Denkmalschutzes im Bundesrecht vom 1. Juni 1980 ²⁾, welches mit den Art. 2 bis 7 die Fachplanungsgesetze des Bundes dahingehend ergänzt, daß der Denkmalschutz, der in die Landeskompentenz fällt, bei der Planfeststellung zu beachten ist. Würde man der Planfeststellung eine vom materiellen Recht befreiende Wirkung zusprechen, wäre § 38 BBauG nicht nur überflüssig, sondern eine solche Auffassung würde auch dem in § 38 BBauG erklärten Willen des Gesetzgebers widersprechen. Erkennbar wollte der Gesetzgeber bestimmte Planungen von der Privilegierung ausschließen ³⁾; diese gesetzgeberische Entscheidung darf nicht durch eine entgegenstehende Interpretation der Konzentrationswirkung unterlaufen werden.

Die nicht durch § 38 BBauG privilegierten Fachplanungen sind an das materielle Recht des BBauG gebunden, das heißt die den Plan feststellende Behörde hat die Festsetzungen der Bebauungspläne zu beachten und darf im Außenbereich ein Vorhaben ohne das Einvernehmen der Gemeinde nicht zulassen ⁴⁾. Auch für das Verhältnis der Planfeststellung nach dem FlurbG .

1) U.v. 14.2.69 - IV C 215.65 - E 31, 263 (271); U.v. 2.10.78 - 4 C 25.75 - DÖV 78,410 (412 re. Sp.).

2) BGBl I S. 649.

3) Schlarmann, Verhältnis, S. 59; BVerwG, U.v.3.4.81 - 4 C 11.79 - Bundesbaurecht 7 (1981), 69 (71 f.).

4) BVerwG, U.v.3.4.81, aaO, S. 71 f.; BayVGH, B.v. 6.11.78 - Nr. 95 VIII 78, BayVBl 79, 22 (23 re.Sp.); Breuer, Urteilsanm., DVBl 81, 971 (973 li. Sp.).

zur Bauleitplanung ergibt sich aus den §§ 144 a bis 144 f BBauG, die dieses Verhältnis abschließend regeln ¹⁾ nicht anderes: die Vorschriften verpflichten die für die Flurbereinigung zuständigen Behörden und Gemeinden lediglich zur Koordination ihrer Planungen. Liegt für die Ortslage ein verbindlicher Bebauungsplan vor, ist die Flurbereinigungsbehörde daran gebunden ²⁾. Es bestehen also gegenüber den sonstigen von § 38 BBauG nicht privilegierten Fachplanungen keine Besonderheiten.

1) Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 40.6 b, S. 243.

2) Brinkschulte, Diss., S. 239; Bielenberg in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, Vorb. Nr. 44 zu §§ 144 a - f.

D. Eingriffsbefugnisse der Bauaufsicht gegenüber dem öffentlichen Bauherrn

Die Bauordnungen berechtigen die Bauaufsicht, in bestimmten Fällen hoheitliche Maßnahmen in bezug auf bauliche Anlagen zu treffen. Es ist zu untersuchen, ob auch der öffentliche Bauherr Adressat solcher Anordnungen sein kann.

I. Eingriffsbefugnisse der Baupolizei

1. Baueinstellung

Die Baueinstellung kann verlangt werden, wenn mit der Ausführung eines genehmigungs- bzw. anzeigepflichtigen Vorhabens begonnen worden ist, ohne vorher das vorgeschriebene Verfahren durchzuführen ¹⁾.

Die Bauordnung von Nordrhein-Westfalen schreibt diese Möglichkeit zwar nicht ausdrücklich vor, die Maßnahme kann jedoch aufgrund des subsidiär geltenden Polizeirechts angeordnet werden ²⁾.

In Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hamburg und im Saarland schreiben die Bauordnungen vor, daß die Baueinstellung auch gegenüber einem öffentlichen Bauherrn getroffen werden darf, wenn ohne die erforderliche Zustimmung mit dem Bau begonnen worden ist ³⁾. In Hessen ist die Anordnung der Baueinstellung gegenüber einem öffentlichen Bauherrn ausgeschlossen wegen § 107 Abs. 9 iVm § 102 HBO. Alle übrigen Bauordnungen verhalten sich indifferent, das heißt weder gestatten noch verbieten sie die Maßnahme.

1) Z.B. § 96 Abs. 1 Nr. 1 BauOBln.

2) Vgl. Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 44 I, S. 279.

3) § 100 Abs. 1 Nr. 1 LBO BW, Art. 81 Abs. 1 Nr. 1 BayBO, § 96 Abs. 1 Nr. 1 BauOBln, § 108 Abs. 2 HBauO, § 103 Abs. 1 Nr. 1 LBO S.

2. Abrißverfügung und Nutzungsuntersagung

Wird ein Bauwerk im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet, geändert oder genutzt, kann der ^{Abriß} bzw. die Beseitigung verfügt oder die Nutzung untersagt werden. Eine solche Regelung enthalten bis auf die nordrhein-westfälische alle Bauordnungen,¹⁾ wo die Regelung fehlt, können diese Maßnahmen aufgrund des subsidiär geltenden allgemeinen Polizeirechts ebenfalls angeordnet werden. § 107 Abs. 3 iVm § 101 LBO BW ordnet die Geltung der Regelungen über Abrißverfügung und Nutzungsuntersagung auch für öffentliche Bauten an. In Bayern ergibt sich die Abrißverpflichtung direkt aus dem Gesetz, wenn die Baugenehmigung widerruflich oder befristet erteilt worden ist, Art. 74 Abs. 5 Satz 3 BayBO; das gilt wegen Art. 86 Abs. 3 Satz 1 BayBO auch für den öffentlichen Bauherrn. Die übrigen Bauordnungen schweigen zu der Frage, ob die Verfügungen auch gegenüber einem öffentlichen Bauherrn ergehen können.

3. Anordnungen wegen tatsächlicher Veränderung der Anlage

Verfällt das Bauwerk, kann die Bauaufsicht Maßnahmen zur Gefahrenabwehr treffen; das ergibt sich allein in Baden-Württemberg aus der Landesbauordnung, § 95 Abs. 9 LBO BW, und gilt auch für den öffentlichen Bauherrn, § 107 Abs. 3 iVm § 95 Abs. 9 LBO BW. In den übrigen Bundesländern ergibt sich die Zulässigkeit solcher Maßnahmen aus dem subsidiär anwendbaren allgemeinen Polizeirecht, wobei davon aus-

1) Z.B. § 97 BauOBl.

gegangen wird, daß die bauordnungsrechtlichen Generalklauseln ¹⁾ keine Eingriffsermächtigung enthalten ²⁾. Die Anordnung hat sich auf die notwendigen Maßnahmen ³⁾ zur Gefahrenabwehr zu beschränken, bei losem Putz kann z.B. nur das Abklopfen oder die Absperrung der Umgebung des Bauwerkes, nicht dagegen Neuverputzung gefordert werden.

4. Anpassung an Rechtsänderungen

Bis auf die bayerische enthalten alle Landesbauordnungen eine Vorschrift, nach der eine Anpassung vorhandener, rechtmäßig errichteter baulicher Anlagen an geänderte gesetzliche Vorschriften verlangt werden kann, wenn die öffentliche Sicherheit, § 112 Abs. 1 LBO SH, zumindest aber wenn Leben und Gesundheit durch die bauliche Anlage bedroht sind, § 116 Abs. 1 BauONW. Ob diese Regelungen auch für den öffentlichen Bauherrn gelten, ist von den Bauordnungen nicht ausdrücklich geregelt.

II. Anwendung auf den Staat als Baupolizeipflichtigen

Nach der hier vertretenen Auffassung von der Bedeutung des Grundsatzes von der Unzulässigkeit polizeilichen Einschreitens gegenüber Hoheitsträgern ⁴⁾ bestehen keine Bedenken, die für jedermann geltenden hoheitlichen Eingriffsbefugnisse der Baupolizei

1) z.B. § 3 Abs. 1 und 2 BauOBln.

2) Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 76, S. 158.

3) So die Formulierung der allgemeinen Polizeigesetze, z.B. § 14 ASOG Berlin.

4) Dazu oben A VII.

auch gegenüber dem Bund als öffentlichem Bauherrn anzuwenden ¹⁾, soweit das nicht gesetzlich ausgeschlossen ist oder eine solche Anordnung nicht in die Kompetenz der Landesgesetzgeber fällt. Aus dem letztgenannten Grunde sind Ordnungsverfügungen gegenüber dem Bund ausgeschlossen, die sich auf Anlagen beziehen, die der bundeseigenen Verwaltung unterliegen, denn das Verfahrensrecht für solche Anlagen steht ausschließlich dem Bund zu ²⁾ und die Befugnis, anzuordnen, durch Eingriffsverfügung zu handeln, gehört zum Verfahrensrecht ³⁾. Mit den §§ 38 Satz 2 BbG, 48 Satz 2 WaStrG und 11 Abs. 3 VersuchsAnlG hat der Bundesgesetzgeber diese Zuständigkeit auch ausgeübt. Neben den in diesen Vorschriften ausgeschlossenen Eingriffen in Betriebsanlagen der Deutschen Bundesbahn, in die bundeseigener Verwaltung unterstehenden Schiffahrtsanlagen, -zeichen und wasserbaulichen Anlagen sowie die Versuchsanlagen zur Erprobung von Techniken für den spurgeführten Verkehr darf gegen andere Anlagen, die zu einem Gegenstand der bundeseigenen Verwaltung nach Art. 87 GG gehören, baupolizeilich nicht vorgegangen werden. Voraussetzung ist aber dabei, daß es sich um eine Anlage handelt, mit deren Nutzung spezifische Gefahren verbunden sind ⁴⁾, wie z.B. eine Betriebsanlage der Deutschen Bundespost ⁵⁾, denn anderenfalls unterliegt sie nicht der Bundeskompetenz für das Verfahrensrecht der Bauaufsicht, wie z.B. ein reines Verwaltungsgebäude oder ein Wohnhaus für Bedienstete.

1) Zu diesem Ergebnis kommen auch: Grundel in: Förster/Grundel, Komm.BauOBln, § 99, Anm.4, S.357; für Abrißverfügungen Schmaltz in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm.NBauO, § 82, Rdnr.8, S. 557; BayVGh, U.v.11.5.77, Nr. 54 XIV, BayVBl 77, 767 (768): Unterhaltsmaßnahmen können angeordnet werden. A.A., keine Ordnungsverfügungen zulässig: OVG Münster, B.v.24.11.67 - X B 627/67 - DVBl 68, 526 (528) m.krit.Anm. Graf von Schack, DVBl 68, 528 (529); Thiel/Rößler/Schumacher, Baurecht in NRW, Anm. zu § 97 BauO NW.

Im Bereich der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder im Sinne des Art. 83 GG ¹⁾ kommt es darauf an, ob ein Bundesgesetz gemäß Art. 84 Abs.1 GG es verbietet, daß baupolizeiliche Eingriffe an öffentlichen Bauwerken vorgenommen werden, wie es in § 4 Satz 2 FStrG geschehen ist. Soweit keine solchen bundesgesetzlichen Anordnungen bestehen, können die Länder bestimmen, ob bauaufsichtliche Maßnahmen gegenüber öffentlichen Bauherren zulässig sind oder nicht. In den Bundesländern, in denen während der Ausführung des Vorhabens der öffentliche Bauherr allein verantwortlich ist für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften ²⁾, darf während dieses Zeitraumes die Baupolizei nicht eingreifen. Da in Hessen der öffentliche Bauherr nur für die Einhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung während der Bauausführung verantwortlich ist, wäre es denkbar, daß die Baupolizei beispielsweise die Baueinstellung wegen Verstoßes gegen andere Vorschriften des öffentlichen Rechts verlangt; dies ist aber wegen § 107 Abs. 9 iVm § 102 HBO ausgeschlossen. In Berlin ist für die Sicherheit und Ordnung bestimmter baulicher Anlagen, dazu gehören auch öffentliche Bauten, nach § 100 Abs. 2 BauOBln der Träger allein verantwortlich; im wesentlichen sind es Fernmeldeanlagen, Versorgungsanlagen und Sprengstofflager.

Es wird die Ansicht vertreten, daß für Ordnungsverfügungen gegenüber dem öffentlichen Bauherrn die obere Bauaufsichtsbehörde zuständig sei, weil sie

Fußnoten der vorangehenden Seite:

- 2) Dazu oben A VIII 2 b.
- 3) Vgl. BVerfG, U.v.10.12.80 - 2 BvF 3/77 - E 55, 274 (300).
- 4) Dazu oben A VIII.
- 5) OVG Lüneburg, U.v.18.6.57 - II OVG A 47/55 - OVGE 12, 340 (342); vgl. Weber, ArchPF 58,65 (67).

Fußnoten dieser Seite:

- 1) Zur Gesetzgebungskompetenz für das Verfahrensrecht oben A VIII 2.
- 2) Dazu oben C I 2.

dem Vorhaben zugestimmt habe ¹⁾. Mit den Aufgaben der Bauüberwachung haben die Landesgesetzgeber der größeren Sachnähe wegen die unteren Baubehörden beauftragt. Da für die laufende Überwachung öffentlicher Bauten keine besondere Zuständigkeit angeordnet ist, liegt es näher, daß auch diese Anlagen der Aufsicht durch die unteren Behörden unterstehen ²⁾.

Soweit belastende Verfügungen gegen einen öffentlichen Bauherrn durch die Bauaufsicht zulässig sind, ist zu beachten, daß eine Vollstreckung im Zwangsverfahren ausgeschlossen ist, wenn das Verwaltungsvollstreckungsrecht des betreffenden Landes eine dem § 17 VwVfG des Bundes entsprechende Regelung enthält. Die Vorschrift erklärt die Vollstreckung gegenüber Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts für grundsätzlich unzulässig. In den Fällen, in denen sich die bauaufsichtliche Maßnahme gegen eine Behörde desselben Rechtsträgers richtet, also von Landesbehörden untereinander ergeht, ist eine Vollstreckung schon deshalb nicht möglich, weil es sich bei der Maßnahme nicht um einen Verwaltungsakt handelt. Es fehlt an dem Merkmal "Außenwirkung" im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG, weil die Anordnung innerhalb desselben Rechtssubjekts ergeht.

1) Schmaltz in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm.NBauO, § 82, Rdnr. 8, S. 557.

2) BayVGH, U.v.11.5.77 - Nr. 54 XIV 74 - BayVBl 77, 767 (768); vgl. auch Nr. 24 der inzwischen ersatzlos gestrichenen Bekanntmachung des Senats v. Berlin - BauWohn I a A 2 - 6914 - AB1. S. 1226.

E. Rechtsschutz im Zusammenhang mit einem öffentlichen Bauvorhaben

Durch ein öffentliches Bauvorhaben können Nachbarn, Gemeinden und die Länder betroffen sein. Wird der Bau erlaubt errichtet, richten sich die Rechtsbehelfe danach, welche Rechtsnatur die Erlaubnis zur Ausführung des Vorhabens hat. Obwohl die Erlaubnisse für öffentliche Bauten vielfältig sind - sie können durch Planfeststellungen, Genehmigungen, die Zustimmung und andere Entscheidungen gestattet werden -, sollen hier nur die Rechtsbehelfe aufgezeigt werden, mit denen die für öffentliche Bauten typischen Erlaubnisse angegriffen werden können, also Rechtsbehelfe gegen die Zustimmung und die städtebauliche Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG.

Ist das Bauwerk ohne Erlaubnis errichtet worden, weil es entweder nicht genehmigungspflichtig war oder weil es sich um einen sogenannten "Schwarzbau" handelt; kommt neben der Geltendmachung eines Anspruchs gegenüber der Bauaufsicht ein Vorgehen gegen den öffentlichen Bauherrn in Betracht.

Auch die Frage, was der öffentliche Bauherr unternehmen kann, wenn sein Baugesuch abgelehnt wird, soll beantwortet werden.

I. Ansprüche des Nachbarn

Fürchtet der Nachbar, ein öffentliches Bauwerk verletze ihn in seinen Rechten, wird sein Interesse auf Verhinderung der Bauausführung bzw. auf Beseitigung der baulichen Anlage gerichtet sein. Dieses Ziel kann er nicht erreichen, solange eine Erlaubnis zum Bauen besteht. Daher muß der Nachbar zunächst gegen die Bau-

erlaubnis, das heißt die Zustimmung oder die städtebauliche Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG, vorgehen und deren Aufhebung begehren.

1. Beseitigung der Bauerlaubnis

Welche Rechtsbehelfe gegen die Bauerlaubnis in Betracht kommen, richtet sich nach der Rechtsnatur der Zustimmung oder der städtebaulichen Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG.

a) Widerspruch und Anfechtungsklage

Als Rechtsbehelfe gegen die Zustimmung oder die städtebauliche Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG kommen Widerspruch und Anfechtungsklage in Betracht (§§ 69, 42 VwGO). Beide setzen voraus, daß es sich bei der angegriffenen Maßnahme um einen Verwaltungsakt handelt.

aa) Rechtsnatur der Bauerlaubnis

(1) Bauaufsichtliche Zustimmung

Keine Bedenken dagegen, daß es sich bei der Zustimmung zu einem öffentlichen Bauvorhaben ausnahmslos um einen Verwaltungsakt handelt, haben der Überwiegende Teil der Rechtsprechung¹⁾ und der

1) Hess.VGH, B.v. 15.1.64 - B IV 1/64 - DÖV 64, 783 (784); BayVGH, B.v.2.2.76 - Nr. 286 I 75 - BayVB1 76, 239 (240).

Lehre ¹⁾. Sie begründen ihre Auffassung im wesentlichen damit, daß die Zustimmung dieselben Wirkungen wie die Baugenehmigung zeitige - nämlich die Feststellung, daß das Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspreche ²⁾ und das präventive Verbot gegenüber der Baufreiheit aufhebe ³⁾ und folglich ebenfalls Verwaltungsakt ⁴⁾ sein müsse ⁵⁾.

Andere halten die Zustimmung in bestimmten Fällen nicht für einen Verwaltungsakt, sondern für ein Internum, und zwar dann, wenn sie innerhalb desselben Rechtssubjekts ergeht, also einer anderen Behörde desselben Landes erteilt wird ⁶⁾; dies mit dem Argument, daß es in diesen Fällen an der einen Verwaltungsakt charakterisierenden Außenwirkung im Sinne des § 35 VwVfG fehle.

Gegen eine solche Differenzierung ließe sich einwen-

-
- 1) Förster in: Förster/Grundel, Komm.BauOBln, § 99, Anm.3, S.357; Schmaltz in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm.NBauO, § 82, Anm.7, S.556; Scheerbarth, Bauordnungsrecht, § 159, S.412; Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentl.Baurecht, § 40.4, S.241; Sauter/Holch/Krohn/Kiess/Imig, Komm.LBO BW, § 107, Rdnr.5; Thiel/Rößler/Schumacher, Baurecht in NRW, Anm. zu § 97 BauO.
 - 2) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 1 Satz 1 BauOBln.
 - 3) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 7 BauOBln.
 - 4) Die Rechtsnatur der Baugenehmigung als Verwaltungsakt entspricht einhelliger Auffassung, vgl. Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öff.Baurecht, § 41.I, S.253.
 - 5) Eine andere Begründung bieten Sauter/Krohn/Kiess/Imig an: die Zustimmung sei deshalb Verwaltungsakt, weil die Regelung über öffentl. Bauten in § 107 Abs. 3 auf § 95 Abs. 1 Satz 3 LBO BW verweise; dort ist vorgeschrieben, daß eine Ausfertigung der Baugenehmigung den Nachbarn und Angrenzern zuzustellen ist, wenn ihren Einwendungen gegen das Vorhaben nicht entsprochen worden ist, aaO, § 107, Rdnr.5. Dieses Argument könnte nur für die Bundesländer überzeugen, in denen, wie in Baden-Württ., eine Beteiligung der Nachbarn am Zustimmungsverfahren vorgeschrieben ist. Außer in BW ist die Beteiligung aber nur in Niedersachsen (§ 82 Abs. 1 Satz 2 iVm § 75 Abs. 5 NBauO) und Bayern (Art. 86 Abs. 3 Satz 1 iVm Art. 73 BayBO) vorgesehen. In Bayern wird die Auffassung vertreten, die Zustimmung sei Nachbarn gegenüber Verwaltungs-

den, daß der feststellende Teil der Zustimmung, daß das Vorhaben mit den öffentlichen Recht übereinstimmt, keine unterschiedliche Wirkung gegenüber dem Nachbarn entfaltet, ob sie nun innerhalb desselben Rechtssubjekts ergeht oder nicht. Diese Feststellungswirkung betrifft jedermann; verpflichtet also auch den Nachbarn, den Bau zu dulden, so daß man die Zustimmung in jedem Fall für einen Verwaltungsakt halten könnte ¹⁾. Die Anerkennung einer unterschiedlichen Rechtsnatur würde aber vor allem zu einer Verkürzung des Rechtsschutzes führen. Davon betroffen wären nicht die Dritten ²⁾, sondern der öffentliche Bauherr selbst. Als Internum könnte die Zustimmung nicht bestandskräftig werden; der öffentliche Bauherr wäre folglich ständig - weil die allgemeine Leistungsklage keine Fristen kennt - der Gefahr ausgesetzt, daß Dritte gegen ihn wegen des Bauwerkes vorgehen. Diese gegenüber den Fällen, in denen die Zustimmung Verwaltungsakt ist, ungerechtfertigte Benachteiligung des öffentlichen Bauherrn zwingt dazu, die Zustimmung gegenüber Dritten ³⁾ als Verwaltungsakt anzusehen. Das setzt natürlich voraus, daß man bereit ist, die Wirkungen der Bestandskraft nicht nur gegenüber Privaten, sondern auch gegenüber Hoheitsträgern anzuerkennen bereit ist.

Als Verwaltungsakt wird durch gesetzliche Anordnung

Fortsetzung von der vorangehenden Seite:

- 5) akt, Koch/Molodovsky, Komm.BayBO, Art.103 a.F., Rdnr. 4. Außerdem soll nach Auffassung von Sauter u.a. die Zustimmung deshalb Verwaltungsakt sein, weil sie mit Nebenbestimmungen versehen werden könne und dies einen Verwaltungsakt voraussetze, aaO, § 107, Rdnr. 5.
- 6) OVG Hamburg, B.v.15.12.81 - Bs II 32/81 - BauR 82, 259 (261); Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 14; Koch in: Domnig/Koch, Bauordnungsrecht in SH, §104, Anm. 5; Obermayer, DVBl 58, 419 (420); Kemnade, Rechtsschutz, S. 92; Böhm, DVBl 59, 726 (729).

1 - 3) dieser Seite siehe nächste Seite.

- zumindest Dritten gegenüber - der Planfeststellungsbeschuß behandelt. Das ergibt sich entweder aus den Fachplanungsgesetzen ¹⁾, aus dem wegen § 72 Abs. 1 Satz 1 VwVfG des Bundes subsidiär anwendbaren § 75 Abs. 2 Satz 1 VwVfG oder aus den entsprechenden Landesgesetzen, weil die Vorschriften von einem "Unanfechtbarwerden" des Beschlusses ausgehen. Ohne die gesetzliche Festlegung der Rechtsnatur des Planfeststellung würde hier das vergleichbare Problem wie bei der Zustimmung bestehen, wenn Träger des Vorhabens und die den Plan feststellende Behörde demselben Rechtssubjekt angehörten.

Daher ist davon auszugehen, daß es sich bei der Zustimmung zu einem öffentlichen Bauvorhaben Dritten gegenüber um einen Verwaltungsakt handelt.

(2) Städtebauliche Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG

Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar zu dienen bestimmt sind, sind der im Gesetz bezeichneten Behörde in geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen, § 3 VOöB. Die Mitwirkung der Behörde erschöpft sich in der Entgegennahme der Information, denn "im übrigen wirken die Baubehörden nicht mit", § 3 VOöB. Da die Bauaufsicht dem Vorhaben nicht zustimmt bzw. es genehmigt, seine Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Recht nicht überprüft und mit dem Bau auch ohne Erfüllung der Mitteilungspflicht begonnen werden darf, ergeht

Fortsetzung der vorangehenden Seite:

- 1) Vgl. diese Argumentation zur Baugenehmigung, Bartlberger, VerwArch. 60 (1969), S. 35.
- 2) Seit Geltung der VwGO ist der Verwaltungsakt keine Voraussetzung mehr für den Rechtsschutz.
- 3) "Doppelnatur" der Zustimmung, vgl. Koch/Molodovsky, Komm.BayBO, Art. 103 a.F., Rdnr. 4.

Fußnoten dieser Seite:

- 1) Z.B. § 17 Abs. 6 Satz 1 FStrG.

hier kein Verwaltungsakt. Gleiches gilt in Bayern für Vorhaben, die dem zivilen Bevölkerungsschutz und dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes dienen, Art. 86 Abs. 5 BayBO, die ebenfalls lediglich in geeigneter Weise zur Kenntnis der zuständigen Behörde zu bringen sind.

Zu beachten ist jedoch, daß die Vorhaben, die der Landesverteidigung, dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes oder dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, einem Verfahren nach dem BBauG unterliegen. Soll mit ihnen ein besonderer öffentlicher Zweck verfolgt werden, richtet sich das Verfahren nach § 37 Abs. 2 BBauG. Diese städtebauliche Entscheidung könnte ein Verwaltungsakt sein. Obwohl § 37 Abs. 2 BBauG auf die in Bayern errichteten Anlagen für den zivilen Bevölkerungsschutz oder dienstliche Zwecke des Bundesgrenzschutzes wegen § 29 Satz 1 BBauG nicht anwendbar sein könnte ¹⁾, spricht für seine Anwendbarkeit, daß die Vorschrift gerade für diese Anlagen Regelungen aufstellt. Sie müssen daher wie die Verteidigungsanlagen, die § 29 Satz 2 BBauG ausdrücklich den §§ 30 bis 37 BBauG unterwirft, einem städtebaulichen Verfahren unterliegen.

In der Regel wird die städtebauliche Entscheidung über ein öffentliches Bauvorhaben im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach den Landesbauordnungen erteilt, weil die besonderen Voraussetzungen des § 37 Abs. 2 BBauG im konkreten Fall nicht vorliegen. In diesem Fall ist die städtebauliche Entscheidung über das Vorhaben ein interner Mitwirkungsakt, der nicht isoliert angreifbar ist. Rechtsbehelfe sind dann gegen die bauaufsichtliche Zustimmung zu richten ²⁾.

1) Vgl. dazu oben A V.

2) Simon, Komm.BayBO, Art. 86, Rdnr. 14, halten die Entscheidung allerdings für einen von der Gemeinde anfechtbaren Verwaltungsakt.

Bei den Vorhaben, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen, findet ein bauaufsichtliches Verfahren nicht statt. Wird über ein solches Vorhaben ausschließlich nach § 37 Abs. 2 BBauG ¹⁾ entschieden, können zwei verschiedene Behörden dazu befugt sein: die "höhere Verwaltungsbehörde" oder der "zuständige Bundesminister im Einvernehmen mit den beteiligten Bundesministern". Da in beiden Fällen das städtebauliche Verfahren nicht in ein bauaufsichtliches eingebettet ist, sondern isoliert durchgeführt wird, handelt es sich bei beiden Entscheidungen Dritten gegenüber um Verwaltungsakte ²⁾, wenn man der hier vertretenen Auffassung von der Rechtsnatur intern erteilter Genehmigungen gegenüber Dritten folgen mag, denn bei der Entscheidung des Bundesministers ergeht die Erlaubnis gegenüber dem Bund als Bauherrn der Verteidigungsanlage. Gegen die städtebauliche Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG sind die Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte gegeben. Richtet sich die Klage gegen den Bund, weil ein Bundesminister als oberste Bundesbehörde dem Vorhaben stattgegeben hat, entfällt das Vorverfahren wegen § 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO.

bb) Rechtswidrigkeit der Bauerlaubnis

Voraussetzung für den Erfolg einer Anfechtungsklage ist nach § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Rechtswidrigkeit der Bauerlaubnis. Diese Voraussetzung ist unproblematisch, wenn die Zustimmung oder die Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG gegen materielles Recht verstößt. Ergeht dagegen die Bauerlaubnis unter Mißachtung von Verfahrensvorschriften, so ist die Rechtswidrigkeit

1) Zum Rechtsschutz, wenn die Entscheidung nicht nach § 37 Abs. 2 BBauG, sondern nach dem wegen § 37 Abs. 4 BBauG diese Verfahren ausschließ. Verf. nach dem LandesbeschaffungsgG ergeht, vgl. BVerwG, U.v.12.11.82 - 4 C 67,68/80 - DVBl 83, 345.

2) Siehe nächste Seite.

zweifelhaft, denn es wird die Ansicht vertreten, daß die unterlassene Anhörung des Nachbarn, soweit eine Anhörung im Baugenehmigungsverfahren vorgeschrieben ist, den Verwaltungsakt nicht rechtswidrig mache ¹⁾. In diesem Sinne könnten auch die § 46 VwVfG des Bundes entsprechenden Landesregelungen verstanden werden; die folgend am VwVfG des Bundes dargestellte Rechtslage gilt für die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder entsprechend.

Nach § 46 VwVfG kann die Aufhebung eines nicht nach § 44 VwVfG nichtigen Verwaltungsaktes nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Verfahrensvorschriften zustandegekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Wegen der letztgenannten Voraussetzung ist § 46 VwVfG nur auf gebundene Entscheidungen ²⁾ und solche, bei denen das Gesetz der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum einräumt, ³⁾ anwendbar. Bei der Zustimmung zu einem öffentlichen Bauvorhaben handelt es sich, wie bei der Baugenehmigung, um eine gebundene Entscheidung ⁴⁾, soweit sie ohne Ausnahmen und Befreiungen ergeht. Eine Aussage darüber, ob ein Verfahrensfehler den Verwaltungsakt rechtswidrig macht, ist der Vorschrift nicht ausdrücklich zu entnehmen, sie schließt nur die Aufhebung eines solchen fehlerhaften Verwaltungsaktes aus. Da aber die Aufhebung eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes ohnehin nicht beansprucht werden kann, läßt die Vorschrift den Schluß zu, daß Verfahrensfehler zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes führen ⁵⁾, was durch den Wortlaut des § 59 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG bestätigt wird.

Fußnote der vorangehenden Seite:

- 2) Zur Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 20; zur Entscheidung des Bundesministers: Schrödter, Komm.BBauG, § 37, Anm. 7, S.432.

Fußnoten dieser Seite siehe nächste Seite.

Es wird einhellig die Auffassung vertreten, daß § 46 VwVfG für die Gerichte beachtlich sei mit der Folge, daß entgegen § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Aufhebung eines wegen eines Verfahrensfehlers rechtswidriger Verwaltungsakt in den von der Vorschrift bezeichneten Fällen ausgeschlossen sei ¹⁾. Daran kann man angesichts des in § 1 VwVfG umschriebenen Anwendungsbereiches des Gesetzes zweifeln. Das Gesetz wendet sich danach ausschließlich an Behörden bei der Ausübung ihrer Verwaltungstätigkeit. Daher müßte man annehmen, daß Adressat des § 46 VwVfG nur eine Behörde sein kann. So kann auch die Begründung zum Regierungsentwurf des VwVfG verstanden werden: Dort wird ausgeführt, daß die Vorschrift den §§ 144 Abs. 4 VwGO bzw. 563 ZPO nachgebildet sei ²⁾. Nach diesen beiden Vorschriften ist die Revision zurückzuweisen, wenn die Entscheidungsgründe eine Verletzung des bestehenden Rechts ergeben, die Entscheidung aber aus anderen Gründen richtig ist. Bei diesen prozeßverfahrensrechtlichen Regelungen geht es um den Ausschluß der Aufhebung eines Staatsaktes durch eine andere Instanz derselben Staatsgewalt; dementsprechend könnte § 46 VwVfG ausschließlich für das Verwaltungsverfahren von Bedeutung sein.

Fußnoten der vorigen Seite:

- 1) Simon, Komm.BayBO, Art. 73, Rdnr. 10; Grun-dei in: Förster/Grun-dei, Komm.BauOBln, § 88, Anm. 1 e, S. 289 zur Anhörung bei einer Befreiung.
- 2) BT Drs. 7/910, S. 66.
- 3) Meyer in: Meyer/Borgs, Komm.VwVfG, § 46, Rdnr. 29, S. 411.
- 4) Z.B. § 99 Abs. 4 iVm § 89 Abs. 1 Satz 1 BauOBln.
- 5) Meyer, aaO, § 46, Rdnr. 8, S. 404 mwN.

Fußnoten dieser Seite:

- 1) BVerwG, U.v.7.10.80 - 6 C 39/80 - E 61, 45 (49); Meyer, aaO, § 46, Rdnr. 5, S. 402 f.; Kopp, Komm.VwVfG, § 46, Rdnr. 3, S. 672; Bettermann, Ipsen-Festschrift, S. 271 ff.(288 f.).
- 2) BT Drs. 7/910, S. 66 zu § 42.

Da bei der Zustimmung und teilweise auch bei der städtebaulichen Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG die dem § 46 VwVfG entsprechenden Landesregelungen zur Anwendung kommen - anders nur bei der Entscheidung des Bundesministers gemäß § 37 Abs. 2 BBauG -, stellt sich die Frage, ob die Länder die Kompetenz dazu besitzen, die bundesrechtliche Vorschrift des § 113 VwGO zu relativieren, indem bestimmte rechtswidrige Verwaltungsakte für nicht anfechtbar erklärt werden. Mit Erlaß des § 113 VwGO dürfte der Bund von der Kompetenz für das Prozeßrecht aus Art. 74 Nr. 1 GG abschließend Gebrauch im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG gemacht haben ¹⁾, so daß es den Ländern verwehrt ist, eigenes Prozeßrecht zu setzen. Prozeßrechtlich wirkt aber eine Regelung, die den Anwendungsbereich des § 113 VwGO einschränkt.

Auf alle diese Fragen kommt es jedoch dann nicht an, wenn man mit Degenhart in § 46 VwVfG nur eine punktuelle Regelung eines allgemeinen Rechtsgedankens sieht ²⁾, der, auch ohne Gesetz geworden zu sein, beachtlich ist. Dafür spricht eine in der Rechtsprechung schon vor Erlaß des VwVfG des Bundes zu beobachtende Tendenz, verfahrensfehlerhafte Verwaltungsakte - auch in den hier interessierenden Fällen der Drittbetroffenheit - dann nicht aufzuheben, wenn eine andere Entscheidung in der Sache nicht in Betracht kommt ³⁾. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts scheidet eine Aufhebung immer dann aus, wenn der Verfahrensmangel zu korrigieren war, bevor die Entscheidung den Betroffenen verbind-

1) A.A. Meyer in: Meyer/Borg, Komm.VwVfG, § 46, Rdnr.6, S. 403.

2) DVB1 81, 201 (207 li. Sp.).

3) Z.B. BVerwG, U.v.29.3.66 - I C 19.65 - E 24, 23 (32); U.v.10.4.68-IV C 227.65- E 29, 282 (284).

lich belastete ¹⁾, das heißt, wenn die die vorgeschriebene Beteiligung des Betroffenen am Verfahren in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht nachgeholt werden konnte ²⁾ ohne neue entscheidungserheblich Gesichtspunkte zu erbringen. Eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1980, bei der § 46 VwVfG bereits anzuwenden war, ist zu entnehmen, daß das Gericht die Auffassung vertritt, daß es des § 46 VwVfG nicht bedurft hätte, um die Aufhebbarkeit verfahrensfehlerhafter Verwaltungsakte zu begrenzen, denn nicht anderes als dort geregelt, so das Bundesverwaltungsgericht, ergebe sich bereits durch Auslegung des § 113 VwGO ³⁾.

Damit hat sich für die Frage der Aufhebbarkeit der bauaufsichtlichen Zustimmung oder der städtebaulichen Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG wegen eines Verfahrensmangels durch Erlaß des § 46 VwVfG des Bundes bzw. der entsprechenden Landesregelungen die Rechtslage nicht geändert. In der Regel wird die Aufhebbarkeit der verfahrensfehlerhaften Bau-erlaubnis daran scheitern, daß die unterlassene Beteiligung eines Dritten im Verwaltungsprozeß nachgeholt wird (§ 45 VwVfG).

cc) Klagebefugnis und Rechtsverletzung

Mit der Anfechtungsklage wird die Bauerlaubnis in Form der Zustimmung oder der isolierten Entschei-

1) BVerwG, U.v. 13.7.67 - VIII C 13.67 - E 27, 295 (299 ff.).

2) BVerwG, U.v. 29.3.66 - I C 19.65 - E 24, 23 (32); U.v. 8.2.67 - V C 167.65 - E 26, 145 (148); U.v. 10.4.68 - IV C 227.65 - E 29, 282 (283 f.).

3) U.v. 7.10.80 - 6 C 39.80 - E 61, 45 (49).

nach § 37 Abs. 2 BBauG als ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung angegriffen. Um in einem solchen Fall klagebefugt zu sein, kann der belastete Dritte nur die Verletzung solcher Rechtsvorschriften rügen, die nicht nur dem allgemeinen öffentlichen Interesse, sondern auch seinen eigenen Belangen zu dienen bestimmt sind ¹⁾. Solche Vorschriften finden sich vor allem im materiellen Recht, können sich aber auch aus dem Verfahrensrecht ergeben.

(1) Subjektive Rechte aus dem materiellen Recht

Da für die öffentlichen Bauten - bis auf die Befreiung nach § 37 BBauG - dieselben materiell-rechtlichen Vorschriften gelten wie für die Bauten Privater, ergeben sich für die subjektiven Rechte Betroffener aus dem materiellen Recht grundsätzlich keine Besonderheiten. Für die Nachbarn ²⁾ ergeben sich subjektive Rechte insbesondere aus den nachbarschützenden Normen des Bauordnungs- und Bauplanungsrechts ³⁾. Ein Abwehrrecht des Nachbarn wegen eines Verstoßes gegen nachbarschützendes Planungsrecht entfällt jedoch, wenn für ein öffentliches Bauvorhaben mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung zu Recht von der Möglichkeit der Abweichung nach § 37 BBauG Gebrauch gemacht worden ist ⁴⁾. Subjektive Rechte des Nachbarn werden auch in dem sogenannten "Rücksichtnahmegebot" ⁵⁾ gesehen und können sich aus

1) Redeker/von Oertzen, Komm.VwGO, § 42, Anm. 16, S. 147.

2) Zum Begriff BVerwG, U.v. 29.10.82 - 4 C 51.79 - DÖV 83, 344.

3) Vgl. die Nachweise bei Schrödter, Komm.BBauG, § 31, Rdnr. 6 ff, S. 345 ff.

4) OVG NW, U.v. 13.3.81 - 10 A 2501/79 - OVGE 35, 208 (209).

5) BVerwG, U.v. 25.2.77 - IV C 22.75 - E 52, 122 (125 ff.).

den Grundrechten, insbesondere aus Art. 14 GG ergeben. Auf Art. 14 GG kann der Nachbar sich berufen, wenn das Vorhaben "schwer und unerträglich" in sein Eigentum eingreift ¹⁾ und ihm keine nachbarschützende Norm des einfachen Rechts zur Seite steht. Handelt es sich bei dem Nachbarn um einen Hoheitsträger, enthalten die Grundrechte für ihn regelmäßig keine subjektiven Rechte, auf keinen Fall steht ihm das Grundrecht aus Art. 14 GG zu ²⁾. Haben die Grundrechte eine Konkretisierung im einfachen Recht gefunden, gelten diese Regelungen, wenn sie jedermann ansprechen, auch zugunsten des Hoheitsträgers ³⁾.

(2) Subjektive Rechte aus dem Verfahrensrecht

Die Landesbauordnungen und § 37 BBauG enthalten Regelungen, die eine Beteiligung Dritter am Zustimmungsverfahren vorschreiben. Grundätzlich soll mit der Einbeziehung Dritter in ein Verwaltungsverfahren erreicht werden, daß die entscheidungsbefugte Behörde umfassende Kenntnis von dem für die Entscheidung erheblichen Sachverhalt erhält ⁴⁾; daraus folgt, daß im allgemeinen ein Unterlassen der Beteiligung den Dritten nicht in dessen Rechten verletzen kann.

Zum atomrechtlichen Genehmigungsverfahren hat das

-
- 1) BVerwG, U.v.13.9.69 - IV C 234.65 - E 32, 173 (179).
 - 2) BVerfG, B.v. 8.7.82 - 2 BvR 1187/80 - E 61, 82, (100 ff.): Art. 14 GG schützt nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater. Kritisch: Mögelle, NJW 83, 805.
 - 3) Vgl. zum Persönlichkeitsrecht BGH, U.v. 16.11.82 - VI ZR 122/80 - DÖV 83, 290 (291 li. Sp.).
 - 4) BVerwG, U.v. 15.1.82 - 4 C 26/78 - NJE 82, 1546 (1548); U.v. 14.12.73 - IV C 50.71 - E 44, 235 (239); U.v.20.10.72 - IV C 107.67 - E 41,58 (65).

Bundesverfassungsgericht festgestellt, daß dessen "vorrangige Aufgabe" gerade darin bestehe, "Leben und Gesundheit vor den Gefahren der Kernenergie zu schützen" ¹⁾, was dazu führe, daß es nicht auszuschließen sei, daß ein Verfahrensfehler als Grundrechtsverletzung zu werten sei. Das komme dann in Betracht, wenn die Genehmigungsbehörde solche Verfahrensvorschriften außer acht lasse, "die der Staat in Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter erlassen" habe ²⁾.

Obwohl das Bundesverfassungsgericht nur das atomrechtliche Verfahren angesprochen hat, werden seine Ausführungen auf andere Verwaltungsverfahrenen für übertragbar gehalten ³⁾; für das Baugenehmigungsverfahren wird drittschützende Funktion den Vorschriften zuerkannt, die eine Anhörung der Nachbarn vorsehen, wenn von nachbarschützenden Normen des Baurechts abgewichen werden soll ⁴⁾. Diese Vorschriften ergeben sich entweder aus den Bauordnungen ⁵⁾ oder aus den subsidiär anwendbaren Verwaltungsverfahrensgesetzen ⁶⁾ der Länder, hier der Regelung, die § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG des Bundes entspricht, weil nach dieser Vorschrift die Nachbarn auf deren Antrag am Verfahren zu beteiligen sind, wenn dessen Ausgang rechtsgestaltende Wirkung auf sie hat. Wenn wegen eines öffentlichen Bauvorhabens nach § 37 BBauG von

1) "Mühlheim-Kärlich"-B.v. 20.12.79 - 1 BvR 385/77-E 53, 30 (65).

2) BVerfG, aaO, S. 66.

3) Vgl. Dolde, NVwZ 82, 65 (69 li. Sp.); Laubinger, VerwArch. 73 (1982), 60 (74); ablehnend: Ossenbühl, NJW 81, 375 (376 li. Sp.)

4) Ortloff, NJW 83, 961 (966 re. Sp. u. Fn. 36).

5) Z.B. § 88 Abs. 1 BauOBl.

6) Wegen " ... soweit nicht ... ", vgl. z.B. § 1 Abs. 1 VwVfG Berlin iVm § 1 Abs. 1 VwVfG Bund. Dazu Ortloff, aaO, S. 962 ff.

nachbarschützenden Normen des Planungsrechts ¹⁾ befreit werden soll, ergibt sich die Verpflichtung der höheren Verwaltungsbehörde zur Anhörung der Nachbarn im Zustimmungsverfahren aus der entsprechenden Regelung in der Bauordnung ²⁾, weil es sich dabei um eine Verfahrensvorschrift handelt, die auch zur Ausführung des BBauG erlassen worden ist ³⁾. Enthält die Bauordnung eine Vorschrift für die Nachbarbeteiligung nicht, wie z.B. in Hessen, ergibt sich Pflicht, die Nachbarn zu der Befreiung anzuhören aus der § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG des Bundes entsprechenden Landesregelung. Die Vorschrift des Landesverwaltungsverfahrensgesetzes ist aber auch in den Ländern von Bedeutung, in denen die Bauordnungen eine Anhörung vorsehen, denn sie räumt den Nachbarn weitergehende Beteiligungsrechte ein. Neben der Anhörung sehen die Verwaltungsverfahrensgesetze bei einer Befreiung ein Recht auf Beratung und Auskunft (§ 25 VwVfG des Bundes, Akteneinsicht (§ 29 VwVfG des Bundes), Bekanntgabe (§ 41 Abs. 1 Satz 1 VwVfG des Bundes) und Begründung der Entscheidung (§ 39 VwVfG des Bundes) vor. Ergeht eine isolierte Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG durch den zuständigen Bundesminister, ergibt sich die Beteiligung der Nachbarn aus § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG des Bundes.

Wird die Beteiligung des Nachbarn unterlassen, obwohl die entscheidungsbefugte Behörde dazu verpflichtet war, ist die Entscheidung nicht nur rechtswidrig ⁴⁾, sondern verletzt den Nachbarn in seinem Recht auf Verfahrensbeteiligung ⁵⁾. Dieser Fehler könnte nach den

-
- 1) z.B. in dem in §§ 34, 35 BBauG enthaltenen Rücksichtnahmegebot, vgl. Schlichter, Referat zum Arbeitskreis VIII beim 7. Deutschen Verwaltungsrichtertag in Berlin, DVBl 83, S. 689 li. Sp.
 - 2) z.B. § 88 Abs. 1 BauOBl.
 - 3) Ortloff, NJW 83, 961 (1962 re.Sp.).
 - 4) Dazu oben E I 1 a - bb.
 - 5) Vgl. zum Baugenehmigungsverfahren Ortloff, aaO, S. 966 re. Sp.

§§ 45, 46 VwVfG des Bundes bzw. beim Zustimmungsverfahren nach den entsprechenden Landesregelungen unbeachtlich sein. Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG des Bundes ist ein Verfahrensfehler unbeachtlich, wenn die Anhörung des Nachbarn bis zu dem in § 45 Abs. 2 VwVfG bezeichneten Zeitpunkt nachgeholt wird. Da die Verwaltungsverfahrensgesetze eine über die Anhörung hinausgehende Beteiligung der Nachbarn vorsehen, scheidet eine Heilung nach § 45 VwVfG aus ¹⁾. Die Aufhebbarkeit könnte jedoch an § 46 VwVfG scheitern. Danach ist die Aufhebung eines Verwaltungsaktes wegen eines Verfahrensfehlers ausgeschlossen, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können, wenn es sich also um eine gebundene Entscheidung handelt ²⁾. Die Abweichung vom Planungsrecht nach § 37 BBauG ist im Ergebnis eine gebundene Entscheidung ³⁾. § 46 VwVfG könnte also anwendbar sein und eine Aufhebung ausschließen. Als Möglichkeit einer "anderen Entscheidung" in der der Sache im Sinne des § 46 VwVfG werden heute aber auch solche Entscheidungen anerkannt, die aufgrund einer Rechtsnorm getroffen werden, die im Tatbestand einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält ⁴⁾. Bei der besonderen öffentlichen Zweckbestimmung, die eine Abweichung vom Planungsrecht erfordert, die § 37 BBauG als Voraussetzung aufstellt, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ⁵⁾, so daß § 46 VwVfG der Aufhebung einer verfahrensfehlerhaften Zustimmung unter Gewährung einer Befreiung nach § 37 BBauG nicht entgegensteht.

Neben der eben dargestellten Auffassung, die sub-

1) Ortloff, NJW 83, 961 (966 re. Sp.).

2) Dazu oben E I 1 a - bb.

3) Dazu oben C II 2 a.

4) Vgl. Goerlich, DÖV 82, 631 (636 f.); Hufen, NJW 82, 2160 (2167 li. Sp.); wohl auch Steinberg, DÖV 82, 619 (628 li. Sp.); Ortloff, aaO, S. 966 re.Sp.

5) Dazu oben B III.

jektive Rechte aus Verfahrensvorschriften dann entnimmt, wenn mit der betreffenden Vorschrift der Schutz materieller Rechte bezweckt ist, geht das Bundesverwaltungsgericht von anderen Voraussetzungen aus. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gewährt eine Verfahrensvorschrift dann eine subjektive Rechtsposition, wenn die Norm dem "betroffenen Dritten inspezifischer Weise und unabhängig vom materiellen Recht eine eigene, nämlich selbständig durchsetzbare verfahrensrechtliche Rechtsposition gewähren will"; dies könne ein Anspruch auf "ordnungsgemäße Beteiligung an einem (anderweitig) eingeleiteten Verwaltungsverfahren" sein. Die Frage, wann eine Verfahrensvorschrift solche Wirkungen erzeuge, beantworte sich nicht nach "Art und Beschaffenheit desjenigen materiellen Rechts, auf das sich das Verwaltungsverfahren bezieht, sondern allein nach der Zielrichtung und dem Schutzzweck der Verfahrensvorschrift selbst". Aus dem "Regelungsgehalt" der Norm müsse sich ergeben, daß die "Regelung des Verwaltungsverfahrens mit einer eigenen Schutzfunktion zugunsten einzelner ausgestattet ist", so daß der Begünstigte allein unter Berufung auf den Verfahrensmangel "ohne Rücksicht auf das Entscheidungsergebnis in der Sache" die Aufhebung der Verwaltungsentscheidung verlangen könne ¹⁾. Bisher hat das Bundesverwaltungsgericht nach diesen Kriterien subjektive Rechte in Verfahrensvorschriften regelmäßig nicht gefunden und solche ausnahmesweise nur dann anerkannt, wenn Dritte an der Entscheidung zu beteiligen waren; so hat es in der Anhörung zur Kündigung nach § 35

1) BVerwG, U.v. 15.1.82 - 4 C 26/78 - NJW 82, 1546 (1548 li.Sp.); vgl. auch B.v. 3.8.82 - 4 B 145.82 - DVBl 82, 109; U.v. 14.12.73 - IV C 50.71 - E 44, 235 (239 f.); U.v. 20.10.72 - IV C 107.67 - E 41, 58 (64).

Abs. 2 des früheren Schwerbeschädigtengesetzes ein subjektives Recht gesehen ¹⁾, dessen Verletzung klageweise geltendgemacht werden konnte.

Ein subjektives Recht des Nachbarn könnte bei Anlegung dieser Maßstäbe in § 107 Abs. 4 LBO BW enthalten sein. Widerspricht die Gemeinde einer beabsichtigten Befreiung, verlagert die Vorschrift die Entscheidungsbefugnis über das öffentliche Bauvorhaben von der Behörde der Mittelstufe auf die oberste Behördenstufe im Bauwesen. Da nicht auszuschließen ist, daß die Behörde der Mittelstufe über das den Nachbarn beeinträchtigende Vorhaben des öffentlichen Bauherrn ohne die Gemeinde zu hören positiv entscheidet, dagegen der öffentliche Bauherr nach einer negativen Stellungnahme der Gemeinde von der obersten Baubehörde abschlägig beschieden worden wäre, ist davon auszugehen, daß die Vorschrift mit der Verpflichtung zur Anhörung der Gemeinde dem Nachbarn eine verfahrensrechtlich geschützte Rechtsposition einräumt. Wird die Anhörung der Gemeinde unterlassen, ist die fehlerhafte Zustimmung zu dem Vorhaben nicht nach § 44 Abs. 2 Nr. 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für Baden-Württemberg ²⁾ nichtig, da diese Rechtsfolge nur bei einer Verletzung der örtlichen Zuständigkeit eintritt, wie es sich aus der Verweisung auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 dieses Gesetzes ergibt; bei einem Verstoß gegen § 107 Abs. 4 LBO BW liegt eine Verletzung der instanziellen Zuständigkeit vor. Die Rechtswidrigkeit der Zustimmungserklärung kann auch nicht durch ein Nachholen der Anhörung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG geheilt werden, da dadurch der Fehler in der Zuständigkeit nicht behoben wird, wenn die Gemeinde widerspricht. Die Aufhebung

1) U.v. 8.7.59 - IV C 188.57 - E 9, 69 (72 f.).

Zur Anhörung des Personalrates vor der fristlosen Entlassung eines Beamten vgl. U.v. 1.12.82 2 C 59/81 - NJW 83, 251 re. Sp.

2) Vom 21.6.77, GB1 S. 227.

der rechtswidrigen Entscheidung ist auch nicht durch § 46 VwVfG ausgeschlossen, weil hier keine Verletzung der von der Vorschrift v~~o~~ausgesetzten örtlichen, sondern der instanziellen Zuständigkeit vorliegt.

- b) Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung

Normalerweise haben Anfechtungsklage und Widerspruch aufschiebende Wirkung. Das gilt nach der h.M. auch für die Rechtsbehelfe gegen eine Baugenehmigung ¹⁾ und hätte folglich auch für die Zustimmung zu gelten. Jedoch muß man davon ausgehen, daß häufig zugunsten eines öffentlichen Bauherrn gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO auf dessen Antrag oder von Amts wegen die sofortige Vollziehung der Bauerlaubnis angeordnet wird, da die Ausführung des Vorhabens regelmäßig im öffentlichen Interesse liegen dürfte. Diese Anordnung kann die Behörde treffen, die die Bauerlaubnis erteilt hat, § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO. Wird die sofortige Vollziehung angeordnet, hat der Nachbar das Rechtsmittel des Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO. Wird seinem Antrag entsprochen, so hat seit der Aufhebung ²⁾ des § 80

1) Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentl. Baurecht, § 42 II 1 b, S. 274. Diese Wirkung wird für die Baugenehmigung bestritten. Teilweise wird die Baugenehmigung für vollzugsunfähig gehalten, so daß die Vollziehbarkeitshemmung des § 80 Abs. 1 VwGO nicht einsetzen kann, so OVG Münster, B.v. 9.8.66 - VIII B 465/66 - BRS 17, Nr. 130, S. 232 (236). Teilweise hält man die Baugenehmigung für einen lediglich feststellenden Verwaltungsakt; und bei einem feststellenden VA ist die Vollziehbarkeit begrifflich ausgeschlossen, so daß sie auch nicht gehemmt werden kann, so Hess. VGH, B.v. 12.7.66 - B IV 32/66 - BRS 17, Nr. 131, S. 238 (239). Schließlich wird in der Aushändigung der Baugenehmigung ihre Vollziehung gesehen, so daß eine Hemmung durch den Widerspruch zu spät käme, so OVG Lüneburg, B.v. 25.11.65 - I B 87/65 - BRS 16, Nr. 103, S. 176 (178).

2) Art. 1 des Dritten Gesetzes zur Änderung der VwGO v. 20.12.82, BGBl I S. 1834.

Abs. 6 Satz 2 VwGO ¹⁾ auch der öffentliche Bauherr das Rechtsmittel der Beschwerde nach den §§ 146 ff VwGO hat. Durch die Streichung der Vorschrift ist die Benachteiligung des öffentlichen Bauherrn im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die vorher bestanden hat ²⁾, entfallen.

c) Antrag auf Feststellung des Suspensiveffekts

Wird die sofortige Vollziehung nicht angeordnet, bleibt es bei der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs bzw. der Klage. Führt der öffentliche Bauherr sein Vorhaben trotzdem aus, baut er formell illegal, weil nicht nur die Vollziehbarkeit der Erlaubnis, sondern sogar die Wirksamkeit gehemmt ist. Diese Folge wird aus der Doppelwirkung der Baugenehmigung und dementsprechend der Zustimmung geschlossen, die den Bauherrn begünstigt und den Nachbarn belastet ³⁾. Ob die illegale Bautätigkeit vom Nachbarn mit dem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Feststellung des Suspensiveffekts seiner Rechtsmittel angegriffen werden muß oder ob er gemäß § 123 VwGO eine einstweilige Anordnung auf Einstellung der Bauarbeiten beantragen muß ist bei der Baugenehmigung streitig ⁴⁾ und wäre es folglich bei der Zustimmung. Da es sich nicht um ein spezifisches Problem der öffentlichen Bauten handelt, kann es an dieser Stelle nicht vertieft werden.

1) Vgl. zur einschränkenden Auslegung des § 80 Abs. 6 Satz 2 VwGO, Unanfechtbarkeit der Beschlüsse nach § 80 Abs. 5 VwGO für Behörden, BVerfG, B.v.19.6.73 - 1 BvL 39/69, 14/72 - E 35, 263 (278).

2) Fromm, GewArch. 77, 73 ff.

3) Zu dieser Frage bei der Baugenehmigung: Finkelnburg, DVBl 77, 677 (678); Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 42 II 1b, S.274.

4) Vgl. Ortloff, aaO, § 42 II 3, S. 275. Zu den Argumenten für und wider besonders instruktiv BayVGh, B.v. 28.7.82 - 20 AS 82 D.34 - NJW 83, 835.

2. Beseitigung des Bauwerkes

Ein Anspruch des Nachbarn auf Beseitigung des öffentlichen Bauwerkes kommt nach erfolgreicher Anfechtung der Bauerlaubnis, aber auch dann in Betracht, wenn der öffentliche Bauherr ein Vorhaben ausgeführt hat, das keiner Erlaubnis bedurfte oder er unerlaubt baute. Dieser Anspruch kann gegenüber dem Land, dem die zuständige Bauaufsichtsbehörde angehört, geltend gemacht werden oder gegen den öffentlichen Bauherrn unmittelbar gerichtet werden.

a) Vorgehen gegen das Land, dem die Bauaufsicht angehört

aa) Antrag auf Folgenbeseitigung

Mit der Anfechtungsklage gegen die Bauerlaubnis verbunden werden kann der Antrag nach § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO¹⁾. Er ist zu richten auf Beseitigung der baulichen Anlage, falls der öffentliche Bauherr von seiner Berechtigung zur Ausführung des Vorhabens bereits Gebrauch gemacht hat. Dieser Antrag ist aber nur dann erfolgreich, wenn die Behörde zur Anordnung der Beseitigung der Folgen der angefochtenen Erlaubnis in der Lage ist, das heißt es muß ihr eine Eingriffsgrundlage zum Vorgehen gegen den öffentlichen Bauherrn zur Verfügung stehen²⁾. Diese Voraussetzung muß deshalb vorliegen, weil dieser Anspruch in einem Dreiecksverhältnis besteht. Der Gegner des Anspruches kann

-
- 1) § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO ohne Berücksichtigung der durch § 21 des Staatshaftungsgesetzes vom 26.6.81, BGBl I S. 553 vorgenommenen Änderung, da dieses Gesetz vom BVerfG, U.v. 19.10.82 - 2 BvF 1/81 - E 61, 149 ff. für nichtig erklärt worden ist.
 - 2) VGH BW, U.v. 12.8.71 - III 210/71 - VerwRSpr. 24, Nr. 189, 815 (818); Weyreuther, Gutachten B zum 47. DJT 1968, S. 111; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 225, S. 88.

die Folgenbeseitigung nur durch Anordnung gegenüber dem öffentlichen Bauherrn, also nicht selbst, erfüllen; anders nur dann, wenn Bauaufsicht und öffentlicher Bauherr demselben Rechtssubjekt angehören. Die Bauordnungen ermächtigen die Bauaufsicht, den Abriß baulicher Anlagen anzuordnen, dies ist grundsätzlich auch gegenüber einem öffentlichen Bauherrn zulässig ¹⁾. Diese Anordnung steht jedoch im Ermessen ²⁾ der zuständigen Behörde. Folglich hätte der Kläger nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ³⁾. Die wohl überwiegende vertretene Auffassung zu dieser Frage geht aber davon aus, daß dem Kläger nicht nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zusteht, sondern er soll einen schlechthin auf Folgenbeseitigung gerichteten Anspruch geltendmachen können, der nur dann entfällt, wenn ein Ausschließungsgrund wie z.B. Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs, tatsächliche Unmöglichkeit der Erfüllung der Folgenbeseitigungslast vorliegt ⁴⁾. Nach dieser Auffassung überlagert der Folgenbeseitigungsanspruch gewissermaßen die Regelungen, die die Voraussetzungen für eine Abrißverfügung enthalten bzw. der Anspruch reduziert das in diesen Regelungen angeordnete Ermessen auf Null. Soweit ein Folgenbeseitigungsanspruch gegenüber einem öffentlichen Bauherrn durchgesetzt werden soll, gebietet es die Prozeßökonomie, sich dieser letztgenannten Ansicht anzuschließen. Um dem Risiko einer für ihn ungünstigen Ermessensentscheidung zu entgehen, könnte der Nachbar zunächst die Bauerlaubnis anfechten und anschließend, in einem zweiten Verfahren, vom öffentlichen Bauherrn direkt die Beseitigung des Bauwerkes verlan-

1) Dazu oben D II. 2) Z.B. § 97 BauOBln.

3) Weyreuther, Gutachten B zum 47. DJT 1968, 110 ff.; Gelzer, Bauplanungsrecht, Rdnr. 706; OVG Münster, U.v.23.3.72 - X A 214/71 -BRS 24,Nr.193,S.319 (321), U.v.15.12.74 -XI A 764/71 -BRS 25,Nr.195,S.322(234).

4) Vgl. Nachweise bei Bender, Staatshaftungsrecht, Rdnr. 227, S. 89, Fn. 305.

gen. Wenn der öffentliche Bauherr das Vorhaben schlicht hoheitlich errichtet hat oder nutzt, handelt es sich bei diesem Anspruch ebenfalls um einen Folgenbeseitigungsanspruch, der, da die Bauaufsicht nicht zwischengeschaltet ist, keine Ermessensentscheidung ist.

bb) Anspruch auf Erlaß einer Abrißverfügung

Als Verpflichtungsklage ist gemäß § 42 Abs. 1 VwGO der Antrag auf Erlaß einer Abrißverfügung gegenüber dem Land, dem die Bauaufsicht angehört, zu stellen, wenn der öffentliche Bauherr ein Vorhaben ausgeführt hat, ohne durch eine der Bestandskraft fähigen Entscheidung dazu berechtigt zu sein, also in den Fällen, in denen er ein genehmigungsfreies Bauwerk errichtet hat oder unerlaubt baut.

Da mit dieser Klage kein Folgenbeseitigungsanspruch geltend gemacht wird, sondern ein Anspruch auf polizeiliches Einschreiten, so ist es hier unstreitig,

daß der Kläger regelmäßig nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung hat ¹⁾, soweit eine Abrißverfügung als Maßnahme der Eingriffsverwaltung gegenüber einem öffentlichen Bauherrn überhaupt zulässig ist ²⁾.

In den Fällen, in denen eine Abrißverfügung ergehen kann, ist zu bedenken, daß die Vollstreckung durch die Baupolizei gegenüber dem öffentlichen Bauherrn regelmäßig ausgeschlossen ist, weil in dem Bundesland, in dem sich das Bauwerk befindet, eine dem § 17 VwVG des Bundes entsprechende Regelung existiert ³⁾. Diese

1) Vgl. zu diesem Problemkreis Wilke in: Scupin-Festschrift, S. 831 ff.

2) Dazu oben D II.

3) Z.B. § 5 Abs. 2 VwVfG Berlin iVm § 17 VwVG Bund.

Vorschrift schließt die Vollstreckung von Verwaltungsakten gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich aus. Ausgeschlossen ist die Vollstreckung ebenfalls in den Fällen, in denen verfügende Behörde und öffentlicher Bauherr derselben Rechtspersönlichkeit angehören, da hier Vollstreckungsschuldner und Vollstreckungsgläubiger dieselbe juristische Person sind, die nur durch unterschiedliche Behörden vertreten werden. Im übrigen fehlt es auch an der formellen Voraussetzung eines Verwaltungsaktes, den die Verwaltungsvollstreckung voraussetzt. Darüber hinaus ist bis zum Abschluß des Vorhabens ein Vorgehen gegen die Bauaufsicht regelmäßig erfolglos, da bis zu diesem Zeitpunkt der öffentliche Bauherr in vielen Bundesländern allein die Verantwortung dafür trägt, daß die Ausführung des Vorhabens den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht ¹⁾; während dieser Zeitspanne kommt nur die Inanspruchnahme des öffentlichen Bauherrn unmittelbar in Betracht ²⁾.

b) Vorgehen gegen den öffentlichen Bauherrn

Die h.M. bejaht die "Doppelgleisigkeit" des Nachbarschutzes ³⁾; das bedeutet, daß der Nachbar neben der Bauaufsicht den öffentlichen Bauherrn in Anspruch nehmen kann. Diese Doppelgleisigkeit entfällt, wenn Bauaufsicht und Bauherr derselben Rechtspersönlichkeit angehören, das sind die häufigsten Fälle öffentlicher Bauvorhaben.

1) Dazu oben C I 2.

2) OVG Münster, B.v. 24.11.67 - X B 627/67 - E 23, 272 (277); B.v. 30.6.76 - X B 666/76 - E 32, 83 (86).

3) Breuer, DVBl 83, 431 (433 re. Sp.).

Gegen den öffentlichen Bauherrn kommen Ansprüche der Nachbarn auf Beseitigung des Bauwerkes aus § 1004 BGB bzw. der quasinegatorische Abwehranspruch aus § 1004 BGB iVm § 823 Abs. 1 oder 2 BGB in Betracht, wobei die nachbarschützenden Normen Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sind ¹⁾. Aus dem öffentlichen Recht kommt der Anspruch auf Folgenbeseitigung in Betracht. Alle Ansprüche sind im Wege der Leistungsklage geltend zu machen; die auf die BGB-Vorschriften gestützten Ansprüche sind vor den ordentlichen Gerichten, der Anspruch auf Folgenbeseitigung vor den Verwaltungsgerichten durchzusetzen. Die Ansprüche ²⁾ sind nur dann gegeben, wenn keine Pflicht zur Duldung des Bauwerkes besteht. Eine solche Pflicht besteht dann, wenn die zuständige Behörde die Bauerlaubnis erteilt hat. Die Inanspruchnahme des öffentlichen Bauherrn unmittelbar ist, soweit keine Duldungspflicht durch eine Erlaubnis besteht, gegenüber einem Vorgehen gegen die Bauaufsicht vorteilhafter ³⁾: Der Abrißanspruch hängt nicht von einer Ermessensentscheidung ab, das Urteil kann auch in den Fällen ergehen, in denen eine Polizeiverfügung ausgeschlossen ist ⁴⁾, das Urteil ist für den klagenden Nachbarn im Gegensatz zur Polizeiverfügung ⁵⁾ vollstreckbar, § 168 Abs. 1 Nr. 1 VwGO bzw. § 704 Abs. 1 ZPO.

Ob der Beseitigungsanspruch gegenüber einem Hoheitsträger dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehört, unterscheidet die Rechtsprechung mit Hilfe der Kriterien, die für die Abgrenzung des Verwaltungs-

1) Breuer, DVBl 83, 431 (433 re. Sp.).

2) Ausschließlich zivilrechtl. Ansprüche gegen den öffentl. Bauherrn halten für gegeben Mang/Simon, Komm. BayBO, Art. 103 a.F., Rdnr.10; Gädtke/Temme, Komm. BauONW, § 97, zu Abs.8, S. 644.

3) Dazu oben E I 2 a.

4) Dazu oben D II.

5) Wegen der § 17 VwVG des Bundes entsprechenden Landesvorschriften, dazu E I 2 a - bb.

rechtsweges vom Zivilrechtsweg entwickelt worden sind ¹⁾. Entscheidende Bedeutung wird dabei der Widmung des störenden Sache beigemessen ²⁾. Für die meisten Sachen des Verwaltungsvermögens geschieht die Widmung durch stillschweigenden Verwaltungsakt ³⁾ in Verbindung mit der Indienststellung. Zum Verwaltungsvermögen gehören alle die Sachen, die den öffentlichen Zwecken unmittelbar und nicht erst durch ihre Erträge dienen. Typisches Beispiel dafür ist ein Verwaltungsgebäude. Der Abriß einer solchen baulichen Anlage des öffentlichen Bauherrn wäre also auf dem Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen.

II. Ansprüche der Gemeinden

1. Abwehransprüche

Den Gemeinden stehen gegen ein öffentliches Bauvorhaben alle Abwehransprüche gegen Verwaltungsakte und tatsächliches Handeln zu, sie können also dieselben Rechtsbehelfe ergreifen wie die Nachbarn. Deren Voraussetzungen entsprechen sich im wesentlichen, sie unterscheiden sich nur dadurch, daß andere Rechte in Betracht kommen, deren Verletzung im Klagewege gerügt werden können.

Subjektive Rechte der Gemeinden im Sinne der §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO können sich aus dem materiellen Recht und aus dem Verfahrensrecht ergeben. Als materielles Recht kommt insbesondere die

1) Vgl. BVerwG, U.v. 21.1.73 - IV C 36.72 - BauR 74, 44 (45 f.).

2) BVerwG, U.v. 6.6.67 - IV C 216.65 - E 27, 170 (174 f); BGH, U.v. 18.3.64 - V 2 R 44/62 - BGHZ 41, 264 (269).

3) Wolff/Bachhof, VerwR I, § 56 II e, S. 490.

Planungshoheit in Betracht, die Bestandteil der durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Selbstverwaltung der Kommunen ist ¹⁾. In diesem Recht sind die Gemeinden durch ein öffentliches Bauvorhaben verletzt, wenn eine Befreiung nach § 37 BBauG erteilt worden ist, ohne daß die Voraussetzungen dieser Vorschrift vorgelegen haben ²⁾.

Vorschriften, die eine Beteiligung am Verfahren vorsehen, in dem über die Zulässigkeit eines öffentlichen Bauvorhabens entschieden wird, finden sich in den Landesbauordnungen und im BBauG. Die Bauordnungen in den Flächenstaaten ordnen die Anhörung der Gemeinden zum Zustimmungsantrag an ³⁾. Diese Verfahrensvorschrift enthält kein subjektives Recht der Gemeinden. Mit der Vorschrift wird nicht der Schutz der Planungshoheit bezweckt, weil dafür die Beteiligungsregelungen des BBauG abschließend sind. Im übrigen werden die Gemeinden im Polizeirecht, und dazu gehört das Bauordnungsrecht, im übertragenen Wirkungskreis tätig, so daß sonstige materielle Rechte der Gemeinden durch die Vorschrift nicht geschützt werden können. ⁴⁾

Während bei den öffentlichen Bauvorhaben mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung ein nach den §§ 14, 31 oder 36 BBauG erforderliches Einvernehmen durch eine Entscheidung der höheren Verwaltungsbehörde nach § 37 Abs. 1 BBauG überwunden werden kann, ordnet § 37 Abs. 2 Satz 2 BBauG eine Beteiligung der Gemeinde bei der Entscheidung über ein Vorhaben im Sinne des § 37 Abs. 2 Satz 1 BBauG an. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes

1) Stern, Staatsrecht I, § 12 II 3, S. 310.

2) Vgl. Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 15; Schütz, Komm.BBauG, § 37, Anm. 2, S. 233 m. Hinw. auf ein unveröff. U. des VG Gelsenkirchen v. 8.1.65 - 5 K 9/64 -; Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 6 a.

3) Z.B. Art. 86 Abs. 3 Satz 2 BayBO.

4) Vgl. oben A II 2 c - ff.

enthält eine Verfahrensvorschrift nur dann ein subjektives Recht, wenn die Vorschrift den Schutz eines Grundrechts bezweckt ¹⁾ und nicht lediglich dazu dienen soll, die entscheidungsbefugte Behörde über den Sachverhalt zu informieren. Da bei einer der das Vorhaben ablehnenden Stellungnahme der Gemeinde die Entscheidungsbefugnis von der höheren Verwaltungsbehörde auf den zuständigen Bundesminister übergeht, muß die Anhörung eine über die Information der Behörde hinausgehende Bedeutung haben. Denkbar ist, daß mit der Anhörung der Schutz der örtlichen Bauleitplanung bezweckt ist ²⁾. Die Planungshoheit ist Bestandteil des in Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden ³⁾. Es stellt sich die Frage, ob Art. 28 Abs. 2 GG den Grundrechten gleichgestellt werden kann ⁴⁾, deren Schutz durch Verfahrensregelungen das Bundesverfassungsgerichts insbesondere im "Mühlheim-Kärlich"-Beschluß ⁵⁾ für möglich gehalten hat. Dafür spricht, daß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 b GG die Rüge der Verletzung des Art. 28 Abs. 2 GG durch Verfassungsbeschwerde zuläßt und daß die kommunale Selbstverwaltung, wenn es um deren Einschränkung geht, wie ein Grundrecht behandelt wird; insbesondere wird von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein "unantastbarer Wesensgehalt" ⁶⁾, vergleichbar mit dem der Grundrechte im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG angenommen. In seiner Entscheidung zur Festsetzung von Lärmschutzbereichen hat das Bundesverfassungsgericht die Pflicht des Verordnungsgebers aus Art. 28 Abs. 2 GG hergeleitet,

1) Dazu oben E I 1 a - cc (2).

2) OVG Münster, B.v. 24.11.67-X B⁺ 627/67-E 23, 272 (276 f.)

3) Stern, Staatsrecht I, § 12 II 3, S. 310.

4) Ein Grundrecht enthält Art. 28 Abs. 2 GG nach allg. Auffassung nicht, vgl. Maunz in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz u.a., Komm. GG, Art. 28, Rdnr. 56 mwN.

5) Vom 20.12.79 - 1 BvR 385/77 - E 53, 30 ff.

6) Ständ. Rspr. seit B.v. 29.4.58 - 2 BvL 25/26 - E 7, 358 (364).

daß vor der Festsetzung eines Lärmschutzbereiches die Gemeinden gehört werden müssen ¹⁾; Art. 28 Abs. 2 GG verpflichtet also zu einer adäquaten Verfahrensgestaltung. Grundrechtsschutz durch entsprechende Gestaltung des Verfahrens war der Ausgangspunkt der "Mühlheim-Kärlich"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ²⁾, aus dem das Gericht dann eine mögliche Rechtsverletzung herleitete, wenn die verfahrensmäßige Beteiligung unterlassen worden war ³⁾. Hält man diesen Weg für begehbar, kann der Verstoß gegen eine Beteiligungsregelung in einer Verfahrensordnung, die die Planungshoheit der Gemeinden schützen soll, zu einer Rechtsverletzung der Gemeinden führen. Daraus folgt, daß die Gemeinde in diesem Recht verletzt ist, wenn die Anhörung nach § 37 Abs. 2 BBauG unterbleibt ⁴⁾. Dieser Fehler ist durch nachträgliches Anhören der Gemeinde gemäß der § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG des Bundes entsprechenden Landesgesetze nicht korrigierbar, da er den Zuständigkeitsfehler, an dem die Entscheidung leidet, wenn die Gemeinde widerspricht, nicht beseitigt. Eine Aufhebbarkeit der rechtswidrigen Entscheidung scheitert auch nicht an den § 46 VwVfG des Bundes entsprechenden Landesvorschriften, da diese Regelungen eine Verletzung der örtlichen Zuständigkeit voraussetzten, hier aber eine instanziell unzuständige Behörde gehandelt hat. Darüber hinaus ist bei der Entscheidung aufgrund § 37 Abs. 2 BBauG eine andere Entscheidung in der Sache gemäß § 46 VwVfG immer möglich ⁵⁾.

2. Entschädigungsansprüche der Gemeinde aus § 37 Abs. 3 BBauG

Nach § 37 Abs. 3 BBauG ist der Träger des öffentlichen

1) B.v.7.10.80 - 2 BvR 584 u.a./76 - E 56, 298 (312, 324).

2) B.v.20.12.79-1 BvR 385/77- E 53, 30 (65).

3) B.v.20.12.79, aaO, S. 65 f.

4) So im Ergebnis auch OVG Münster, U.v.24.11.67 - X B 627/67 - OVG 23, 272 (276 f.)

5) Dazu oben E I l a - cc (2).

Bauvorhabens verpflichtet, der Gemeinde die Kosten zu ersetzen, die ihr für die Entschädigungsleistungen nach dem BBauG infolge einer Maßnahme nach § 37 Abs. 1 und 2 BBauG entstanden sind, § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG; nach § 37 Abs. 3 Satz 2 BBauG sind ihr auch die Kosten zu erstatten, die durch Planungsmaßnahmen entstanden sind, die infolge des öffentlichen Bauvorhabens erforderlich geworden sind.

a) Anspruch aus § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG

Entschädigungsansprüche gegen die Gemeinde ergeben sich aus den §§ 39 f ff. BBauG. Sie werden für Schäden gewährt, die jemand dadurch erleidet, daß er berechtigt auf den Bestand eines Bebauungsplanes vertraut hat. Dieses Vertrauen wird dann enttäuscht, wenn die Gemeinde Planungsmaßnahmen ergreifen muß, um die Bauleiplanung dem durch die Abweichung vom Planungsrecht nach § 37 Abs. 1 BBauG geschaffenen tatsächlichen Zustand anzupassen ¹⁾. Durch die Zulassung einer baulichen Anlage mit besonderer öffentlicher Zweckbestimmung in einem reinen Wohngebiet kann z.B. dessen Umwandlung in ein allgemeines Wohngebiet oder eine Verbreiterung der Zufahrtsstraßen erforderlich werden ²⁾. Gegen die Erstattung solcher Aufwendungen aus § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG könnte eingewandt werden, daß Kosten für Planungsmaßnahmen aus § 37 Abs. 3 Satz 2 BBauG gefordert werden müßten. Dann aber hätte § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG keinen eigenen Anwendungsbereich ³⁾. Der Wortlaut des Gesetzes deutet aber darauf hin, daß § 37 Abs. 3 BBauG zwei unterschiedliche Ansprüche enthält, so daß es sinnvoll erscheint, so abzugrenzen, daß aus Satz 2 nur die Kosten, die nicht durch Ent-

1) Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 5 a.

2) Grauvogel, aaO, Anm. 5 a.

3) Diese Auffassung vertritt Bielenberg in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr.23.

schädigungsleistungen verursacht sind, verlangt werden können ¹⁾.

Der Anspruch der Gemeinde wegen Ersatzes der Entschädigungsleistungen an Dritte kann gegenüber dem öffentlichen Bauherrn bereits dann erhoben werden, wenn der Dritte seinen Anspruch geltend macht, denn § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG setzt nicht voraus, daß die Aufwendungen bereits getätigt worden sind, sondern es reicht aus, wenn sie künftig "entstehen" ²⁾.

Macht der Dritte den Anspruch auf Entschädigung gegenüber der Gemeinde gerichtlich geltend, sind wegen § 157 Abs. 1 Satz 1 BBauG dafür die Kammern für Baulandsachen an den Landgerichten zuständig, weil § 39 j BBauG in dieser Vorschrift ausdrücklich genannt ist. Wegen § 161 Abs. 1 Satz 1 BBauG gilt für das Verfahren grundsätzlich die Zivilprozeßordnung. Um zu vermeiden, daß der Gemeinde bei der Durchsetzung ihres Anspruches aus § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG gegen den öffentlichen Bauherrn entgegengehalten wird, der Rechtsstreit zwischen der Gemeinde und dem Dritten sei unrichtig entschieden worden, kann sie dem Träger der baulichen Maßnahmen den Streit verkünden (§ 72 Abs. 1, §§ 74, 68 ZPO). § 37 Abs. 3 Satz 1 BBauG enthält eine Regelung, durch die die Gemeinde schadlos im Sinne von § 72 Abs. 1 ZPO gehalten werden soll ³⁾.

b) Anspruch aus § 37 Abs. 3 Satz 2 BBauG

Aus dieser Vorschrift kann die Gemeinde vom Bauträger

1) Fickert, Zulässigkeit, Tz. 334, 335, S. 320.

2) Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 5 c - aa.

3) Davon geht Grauvogel, aaO, Anm. 5 c - cc, aus.

den Ersatz aller der Kosten verlangen, die im Zusammenhang mit den Planungsmaßnahmen entstanden sind und die keine Entschädigungsleistungen an Dritte sind. Das sind Sachkosten der Planung ¹⁾, also z.B. die Kosten, die bei der Durchführung des Anhörungsverfahrens nach § 2 a BBauG entstehen. Ob Personalkosten zu den erstattungsfähigen Kosten gehören, ist streitig ²⁾; sie dürften dann dazu gehören, wenn die Gemeinde zusätzliches Personal einstellen oder Überstunden gesondert vergüten mußte. Ebenfalls umstritten ist, ob Folgekosten, wie z.B. die Erweiterung von Erschließungsanlagen, Kosten einer Umlegung, Erlass einer Veränderungssperre, verlangt werden können ³⁾. Soweit zwischen den die Folgekosten auslösenden Maßnahmen und der Ausführung des öffentlichen Bauvorhabens ein Kausalzusammenhang besteht, dürften grundsätzlich keine Bedenken gegen einen Anspruch aus § 37 Abs. 3 Satz 2 BBauG bestehen; dies gilt jedoch nicht für die Folgekosten, die sich aus dem in § 37 Abs. 4 BBauG genannten Verfahren nach dem Landbeschaffungsgesetz zur Durchführung von baulichen Maßnahmen für Aufgaben der Verteidigung ⁴⁾ ergeben ⁵⁾. Der Zweck der Regelung des § 37 Abs. 4 BBauG besteht in der Konzentration aller mit der Grundstücksbeschaffung zusammenhängenden bodenordnenden Maßnahmen bei einer Stelle ⁶⁾; das Landbeschaffungsgesetz trägt der Erstattung notwendiger Folgekosten in § 6 selbst Rechnung.

1) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 23; Grauvogel in: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 5 e.

2) Bejahend: Grauvogel, aaO, Anm. 5 a; verneinend: Zinkahn, aaO, Rdnr. 23.

3) Bejahend: Fickert, Zulässigkeit, § 37, Tz. 335, S. 320; Grauvogel, aaO, Anm. 5 d; verneinend: Zinkahn, aaO, Rdnr. 23.

4) Vom 23.2.57, BGBI I S. 134, geändert durch Gesetz v. 29.11.66, BGBI I S. 653.

5) Fickert, aaO, Tz. 333, S. 320; a.A.: Grauvogel, aaO, Anm. 5 a.

6) Fickert, aaO, Tz. 333, S. 320.

c) Prozessuales

Für eine Klage der Gemeinden auf Erfüllung der Ansprüche aus § 37 Abs. 3 BBauG sind die Verwaltungsgerichte zuständig und nicht die Kammern für Baulandsachen, weil § 37 BBauG nicht in der diesen Spruchkörper betreffende Zuweisungsvorschrift des § 157 Abs. 1 BBauG erwähnt ist ¹⁾. Grauvogel hält die Verpflichtungsklage für die richtige Klageart ²⁾. Grundsätzlich werden Zahlungsansprüche jedoch mit der allgemeinen Leistungsklage geltendgemacht ³⁾; hier ist kein Grund ersichtlich, warum das für die Ansprüche aus § 37 Abs. 3 BBauG anders sein sollte, da die Vorschrift nicht die Festsetzung des Betrage durch Verwaltungsakt anordnet.

III. Abwehransprüche der Länder

Rechtsbehelfe der Länder sind grundsätzlich dieselben, die Nachbarn und Gemeinden gegen ein öffentliches Bauvorhaben zustehen, da die Bauerlaubnis Dritten gegenüber als Verwaltungsakt gewertet worden ist ⁴⁾. Deren Voraussetzungen unterscheiden sich nur dadurch, daß an andere Rechte im Sinne der §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO gedacht werden muß, deren Verletzung im Klagewege verfolgt werden kann. Fraglich ist, welches Gericht in erster Instanz für eine Entscheidung über die Klage eines Landes zuständig ist.

1) Zinkahn in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, Komm.BBauG, § 37, Rdnr. 23; Heitzer/Östreicher, Komm.BBauG, § 37, Anm. 3, S. 328.

2) In: Brügelmann u.a., Komm.BBauG, § 37, Anm. 6 c.

3) Redeker/v.Oertzen, Komm.VwGO, § 42, Rdnr. 154, S. 224.

4) Dazu oben E I 1 a - aa.

1. Voraussetzungen

Eine Rechtsverletzung der Länder ist nur unter dem Gesichtspunkt denkbar, daß eine Bundesbehörde über das Vorhaben entscheidet. Das sind nur die Fälle, in denen die Bauerlaubnis allein aufgrund einer städtebaulichen Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG erteilt wird, also für Vorhaben, für die ein bauaufsichtliches Verfahren nicht stattfindet.

Das sind die Anlagen, die der Landesverteidigung unmittelbar dienen ¹⁾.

Einklagbare Recht der Länder könnten sich aus § 37 Abs. 2 BBauG ergeben. In dieser Vorschrift wird der höheren Verwaltungsbehörde der Länder eine Entscheidungsbefugnis über das öffentliche Bauvorhaben eingeräumt, § 37 Abs. 2 Satz 1 BBauG. Obwohl diese Befugnis nur erlaubt, positiv über das Vorhaben zu entscheiden, da eine oberste Bundesbehörde sich gemäß § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG über eine den Bauantrag ver-sagende Entscheidung hinwegsetzen kann, ist dieser Vorschrift zu entnehmen, daß mit ihr Planungsvorstellungen der Länder geschützt werden sollen. Da Bund und Länder über dasselbe Territorium verfügen, muß es zu kollidierenden Planungsvorstellungen kommen. Da Grundgesetz löst die Kollision für die Gesetzgebung so, daß die städtebauliche und überörtliche Planung grundsätzlich zu den Aufgaben der Länder gehören, denn Art. 74 Nr. 18 GG und Art. 75 Nr. 4 GG räumen dem Bund nur eine konkurrierende bzw. Rahmenkompetenz zu, soweit ein Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung besteht, Art.

1) § 3 VOöB; nach Art. 86 Abs. 5 BayBO unterliegen darüber hinaus die Anlagen, die dienstlichen Zwecken des Bundesgrenzschutzes und dem zivilen Bevölkerungsschutz dienen, keinem bauaufsichtlichen Verfahren im Sinne des § 29 Satz 1 BBauG. Dazu oben A V.

72 Abs. 2 GG. Für die raumplanende Verwaltungstätigkeit folgt aus Art. 83 GG Entsprechendes für alle Materien, die nicht bundeseigener Verwaltung unterliegen. Bei dem dem Staat von der Verfassung verliehenen Befugnissen handelt es sich zwar nicht um subjektive Rechte im eigentlichen Sinne, sondern um Kompetenzen. Dennoch müssen die Länder die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Klärung herbeizuführen, wenn sie sich in einer vom Grundgesetz verliehenen Befugnis verletzt glauben.

2. Erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Da bei der Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG um die Auslegung des einfachen Rechts gestritten wird und es sich folglich nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO handelt, sind die Verwaltungsgerichte zuständig.

Für die Klage eines Landes gegen den Bund als Bauherrn könnte das Bundesverwaltungsgericht in erster Instanz zuständig sein. Es kommt eine öffentlichrechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO in Betracht.

Nach der hier vertretenen Auffassung von der Rechtsnatur der Entscheidung über ein öffentliches Bauvorhaben gegenüber einer anderen Stelle desselben Rechtssubjekts, handelt es sich bei der Bauerlaubnis durch die zuständigen Bundesminister gemäß § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG Dritten gegenüber um einen Verwaltungsakt¹⁾. Das Land, welches sich gegen die Zulassung des Vorhabens wendet, müßte also Anfechtungsklage erheben. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung

1) Dazu oben E I l a - aa.

aus dem Jahre 1967 die Auffassung vertreten, die Regelung des § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gelte nur für Parteistreitigkeiten¹⁾, das heißt die streitenden Parteien müssen sich als gleichgeordnet gegenüber-treten²⁾. Daran fehlt es bei einer Anfechtungsklage, denn dabei handelt es sich um eine Streitigkeit aus einem Über- Unterordnungsverhältnis³⁾. Andererseits hielt das Bundesverwaltungsgericht sich 1976 in erster Instanz für zuständig, über eine Anfechtungsklage des Bundes gegen ein Land zu entscheiden. Der Bund hatte die Zustimmung des Landes für eine Schießanlage zu Übungszwecken beantragt und sie mit der Auflage verbunden erhalten, zusätzliche Sicherheitsvorkehrungen zu treffen; dagegen hatte der Bund Klage erhoben⁴⁾. In dieser Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht daran festgehalten, daß nicht jede öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und einem Land die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO erfüllt. Die Regelung soll nur bestimmte, in ihrer Eigenart gerade durch die Beziehungen zwischen den Parteien geprägte Streitigkeiten von den sonst geltenden Zuständigkeitsregelungen ausnehmen. Ist die Stellung des Bundes im Prozeß im wesentlichen mit der Stellung eines Staatsbürgers vergleichbar, ist § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nicht anwendbar, sondern sie gilt nur dann, wenn in der Streitigkeit über die Abgrenzung beiderseitiger Hoheitsbefugnisse zu entscheiden ist⁵⁾. In dem zu entscheidenden Fall hatte der Bund die Auffassung vertreten, er habe kraft seiner Verteidigungshoheit

1) U.v. 11.10.67 - V C 47.67 - E 28, 63 (64).

2) Eyermann/Fröhler, Komm.VwGO, § 50, Rdnr. 3, S.427.

3) Eyermann/Fröhler, aaO, S. 428.

4) BVerwG, U.v. 30.7.76 - IV A 1/75 - NJW 77, 163.

5) BVerwG, U.v. 30.7.76, aaO, S. 163 re. Sp.

allein das Recht, über zusätzliche Sicherungsmaßnahmen an seinen Anlagen zu entscheiden, folglich seien die Ordnungsbehörden nicht befugt, entsprechende Anordnungen zu treffen ¹⁾.

Bei der Klage der Länder gegen die städtebauliche Entscheidung des Bundes über ein Vorhaben, welches der Landesverteidigung unmittelbar dient, geht es um die Abgrenzung beiderseitiger Hoheitsbefugnisse im Bereich der Planung. Dabei handelt es sich um Verwaltungstätigkeit des Staates, die den Art. 83 ff GG unterliegt. Weil es sich bei der Streitigkeit um ein verfassungsrechtliches Problem im verwaltungsrechtlichen Gewand handelt, ist für die Klage der Länder gegen den Bund über die städtebauliche Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO in erster Instanz zuständig.

IV. Rechte des öffentlichen Bauherrn gegenüber Maßnahmen der Bauaufsicht und der Gemeinden

Die Bauaufsichtsbehörden können den öffentlichen Bauherrn durch Zustückweisung des Baugesuches und durch Eingriffsverfügungen ²⁾ belasten. Die Gemeinde kann die Einhaltung eines Planverwirklichungsgebotes verlangen ³⁾.

1. Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis

a) Bauaufsichtliche Zustimmung

Verweigert die höhere Verwaltungsbehörde die beantrag-

1) BVerwG, U.v.30.7.76 -IV A 1/75-NJW 77,163 re.Sp.

2) Dazu oben D II.

3) Dazu oben C II 1.

te Zustimmung zu dem öffentlichen Bauvorhaben, kommt für den Bauherrn die Verpflichtungsklage in Betracht, weil es sich bei der Zustimmung wie bei der Baugenehmigung um eine gebundene Entscheidung handelt und der Bauherr bei Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung hat ¹⁾. Eine Verpflichtungsklage des öffentlichen Bauherrn setzt voraus, daß die Zustimmung ihm gegenüber ein Verwaltungsakt ist, § 42 Abs. 1 VwGO. Gegenüber Dritten wurde die Zustimmung generell als Verwaltungsakt bewertet ²⁾; gegenüber dem öffentlichen Bauherrn, also im Verhältnis zwischen Antragsteller und Zustimmungsbehörde, ist sie dagegen nur dann Verwaltungsakt, wenn sie von der Behörde eines anderen Rechtsträgers erteilt wird, also z.B. dem Bund von der Bauaufsicht eines Bundeslandes. Die Klage ist gegen das Land zu richten, dem die Bauaufsicht angehört, kann aber wegen § 61 Nr. 3 VwGO gegenüber der Behörde erhoben werden, wenn das Landesrecht dies zuläßt.

In den Fällen, in denen der höheren Verwaltungsbehörde ein Ermessen bei der Entscheidung über das Zustimmungsgesuch eingeräumt ist, also bei Ausnahmen und Befreiungen vom materiellen Baurecht, kann die Klage in der Regel nur als Bescheidungsklage erfolgreich sein, § 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO. Das gilt aber nicht für eine Befreiung nach § 37 BBauG, weil es sich dabei im Ergebnis um eine gebundene Entscheidung handelt ³⁾.

Entscheidet die Behörde über den Zustimmungsantrag

1) z.B. § 89 Abs. 1 Satz 1 BauOBl; vgl. für die Baugenehmigung Ortloff in: Finkelnburg Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 40.4, S. 241.

2) Dazu oben E I 1 a - aa (1).

3) Dazu oben C II 2.

nicht innerhalb von drei Monaten, kann der öffentliche Bauherr Untätigkeitsklage nach § 75 Satz 2 VwGO erheben.

Handelt es sich um ein Vorhaben ohne besondere öffentliche Zweckbestimmung im Sinne des § 37 BBauG und ist für die Entscheidung über das Vorhaben das Einvernehmen der Gemeinde und die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde nach dem BBauG erforderlich, ist im Gegensatz zur Klage auf Erteilung der Baugenehmigung die Beiladung der für die städtebauliche Zustimmung zuständige Behörde regelmäßig keine notwendige im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO ¹⁾, und zwar dann nicht - und das ist der Regelfall ²⁾ -, wenn Zustimmungsbehörde des Landesbaurechts und höhere Verwaltungsbehörde des BBauG identisch sind. Entweder richtet sich die Klage gegen das Land, dem die Bauaufsicht angehört, dann erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils auch auf die dem Land angehörende Bauaufsicht, oder die Klage richtet sich gegen die Baubehörde wegen § 61 Nr. 3 VwGO, dann bedarf es der Beiladung der höheren Verwaltungsbehörde des BBauG deshalb nicht, weil es sich um dieselben Behörden ³⁾ handelt.

Für die Klagen des Bundes oder eines Landes als öffentlichen Bauherrn gegen das Land, auf dessen Territorium das Vorhaben ausgeführt werden soll, sind die Verwaltungsgerichte in erster Instanz zuständig. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ist nicht einschlägig, weil hier im Kern nicht um die Abgrenzung beiderseitiger Hoheitsbefugnisse geht ⁴⁾. Etwas

1) Zur Notwendigkeit der Beiladung bei der Klage auf Erteilung der Baugenehmigung Ortloff in: Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches Baurecht, § 42.1, S. 267.

2) Dazu oben B IV.

3) Ausnahme: Raum Wiesbaden und Frankfurt am Main, dazu oben B IV; Hessen hat aber von der Ermächtigung in § 61 Nr. 3 VwGO keinen Gebrauch gemacht.

4) Dazu oben E III 2.

anderes dürfte allerdings dann gelten, wenn der öffentliche Bauherr Feststellungsklage mit der Begründung erhebt, er sei als Hoheitsträger einem landesrechtlichen Verfahren nicht unterworfen.

Beantragt ein Land als öffentlicher Bauherr bei einer seiner eigenen Verwaltungsbehörden die Zustimmung, so ist diese zwar Dritten gegenüber ein Verwaltungsakt, dem öffentlichen Bauherrn gegenüber jedoch Internum ¹⁾. Das bedeutet, daß in einem solchen Fall der öffentliche Bauherr seinen Anspruch auf Zustimmung nicht im Klagewege durchsetzen kann, denn das wäre ein unzulässiger Insichprozeß ²⁾. Die Unstimmigkeit kann nur die Stelle beheben, die entsprechend Art. 65 Satz 3 GG vom Landesrecht dazu bestimmt ist ³⁾. In Berlin z.B. ist das wegen Art. 43 Abs. 5 Satz 2 VvB der Senat.

b) Städtebauliche Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG.

Eine Verpflichtungsklage des Bundes auf Erteilung der städtebaulichen Entscheidung gemäß § 37 Abs. 2 BBauG für eine Anlage, die unmittelbar der Landesverteidigung dient, ist nicht denkbar ⁴⁾. Die Zulässigkeit einer solchen Klage würde am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern, da der Bund als Bauherr sich über eine Versagung seines Baugesuches durch die höhere Verwaltungsbehörde des Landes

1) Dazu oben E I l a - aa (1).

2) Schmaltz in: Grosse-Suchsdorf/Schmaltz/Wiechert, Komm. NBauO, § 82, Rdnr. 7, S. 556 f.; Groschupf in: Blumenbach/Groschupf, Komm. NBauO, § 82, Rdnr. 5.

3) Schmaltz, aaO, Rdnr. 7, S. 556 f.; Groschupf, aaO, Rdnr. 5.

4) Vgl. Schrödter, Komm. BBauG, § 37, Rdnr. 8, S. 432.

gemäß § 37 Abs. 2 Satz 3 BBauG hinwegsetzen kann.

2. Vorgehen gegen belastende Maßnahmen

Als belastende Maßnahmen gegenüber einem öffentlichen Bauherrn kommen in erster Linie Eingriffsverfügungen, aber auch Auflagen, die mit dem Zustimmungsbescheid verbunden sind, in Betracht.

Soweit die belastende Maßnahme gegenüber dem öffentlichen Bauherrn ein Verwaltungsakt ist, ist dagegen die Anfechtungsklage gegeben. Die Eingriffsverfügung, also z.B. Nutzungsuntersagung, Abrißanordnung, Baueinstellung, ist dann Verwaltungsakt, wenn sie gegenüber einem anderen Rechtssubjekt ergeht, also insbesondere gegenüber dem Bund als Bauherrn. Soweit die Länder eine dem § 17 VwVG des Bundes entsprechende Regelung getroffen haben, die eine Vollstreckung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht zuläßt, könnte zwar der öffentliche Bauherr die Verfügung unbeachtet lassen. Die Verfügung würde dann allerdings bestandskräftig werden und in einem anschließenden Vorgehen der Bauaufsicht im Klagewege gegen den öffentlichen Bauherrn das Gericht binden.

Der einstweilige Rechtsschutz des öffentlichen Bauherrn richtet sich nach § 80 Abs. 5 VwGO. Die sich aus § 80 Abs. 6 Satz 2 VwGO ergebende Benachteiligung des öffentlichen Bauherrn ¹⁾, weil ihm als Behörde das Beschwerderecht der §§ 146 ff VwGO nicht zustand, ist durch Aufhebung dieser Vorschrift ²⁾ entfallen.

1) Fromm, GewArch. 77, 73 ff.

2) Art. 1 des 3. Gesetzes zur Änderung der VwGO vom 20.12.82, BGBl I, S. 1834.

Ist die belastende Maßnahme gegenüber dem öffentlichen Bauherrn kein Verwaltungsakt, sondern Inter-num, weil innerhalb desselben Rechtssubjekts erlassen, muß auch hier im Streitfall die vom Landesrecht bestimmte, dem Art. 65 Satz 3 GG entsprechende Stelle entscheiden, da eine Klage dagegen einen unzulässigen Insichprozeß darstellte.

Wird der Zustimmungsbescheid oder die städtebauliche Entscheidung über eine Anlage, die der Landesverteidigung unmittelbar dient, mit einer Auflage verbunden, so ist diese als selbständiger Verwaltungsakt isoliert anfechtbar. Das gilt natürlich nur in den Fällen, in denen die mit der Auflage verbundene Bauerlaubnis von einem Rechtssubjekt einem anderen erteilt wird; die Auflage, die von einer Landesbehörde einer anderen erteilt wird, ist in diesem Verhältnis kein Verwaltungsakt. Wendet sich z.B. der Bund als Bauherr gegen eine solche Auflage, indem er geltendmacht, er sei in seiner Verteidigungshoheit verletzt, ist für diesen Rechtsstreit das Bundesverwaltungsgericht in erster Instanz zuständig, § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO ¹⁾.

3. "Verlangen" der Gemeinde nach § 39 i Abs. 2 und 3 BBauG

Rechtsschutz gegenüber dem Verlangen der Gemeinde, die Planverwirklichungsgebote der §§ 39 a ff BBauG durchzuführen oder ihre Durchführung zu dulden, hängt von der Rechtsnatur dieser Erklärung ab. Da angenommen wird, das Verlangen der Gemeinde begründe grundsätzlich eine Verpflichtung des Bedarfsträgers ²⁾,

1) VGH BW, U.v. 11.12.74 - III 563/74 - DÖV 74, 767, Nr. 195, nur Leitsatz.

2) Dazu oben C II 1.

also des öffentlichen Bauherrn, die Planverwirklichungsmaßnahme durchzuführen oder ihre Durchführung zu dulden, wird überwiegend die Ansicht vertreten, bei der Erklärung des Verlangens handele es sich um einen Verwaltungsakt ¹⁾. Dagegen spricht, daß der Gesetzgeber in § 39 i BBauG im Gegensatz zu den der Vorschrift vorangehenden Regelungen, § 39 b Abs. 1, § 39 c Abs. 1, § 39 d Abs. 2 und § 39 e Abs. 1 Satz 3 BBauG auf die Bezeichnung "Bescheid" für die Anordnung eines Planverwirklichungsgebotes der Gemeinde verzichtet hat. Das ist ein Indiz dafür, daß der Gesetzgeber dem Verlangen in § 39 i Abs. 2 und 3 BBauG nicht die Qualität eines Verwaltungsaktes geben wollte. Fraglich ist auch, ob die Erklärung des Verlangens durch die Gemeinde eine Regelung im Sinne der Definition des Verwaltungsaktes in § 35 Satz 1 VwVfG enthält. Eine Regelung liegt nur dann vor, wenn sich durch die behördliche Maßnahme die Rechtsstellung des Adressaten unmittelbar ändert ²⁾. Die Erklärung des Verlangens verpflichtet den Bedarfsträger, in die Abwägung der Belange der Gemeinde gegen die öffentlichen Interessen an der Erfüllung seiner Aufgaben einzutreten. Die Belastung mit einer Pflicht kann zwar eine Regelung sein ³⁾, aber die Pflicht, eine Abwägung vorzunehmen, reicht als Merkmal dieser Voraussetzung in § 35 Satz 1 VwVfG nicht aus, da erst vom Ergebnis dieser Abwägung abhängt, ob eine Verpflichtung, dem gemeindlichen Verlangen nachzukommen, besteht oder nicht. Demnach ist die Erklärung des Verlangens der Gemeinde kein Verwaltungsakt ⁴⁾. Sieht man in der Erklärung des Verlangens keinen Verwaltungs-

1) Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm.BBauG, § 39 i, Rdnr. 5, S. 662; Wiebel in: Stadler/Baumgärtel/Wiebel, Baurecht in Bayern, Komm.BBauG, § 39 i, Anm. 2, S. 238.

2) Kopp, Komm.VwVfG, § 35, Rdnr. 32, S. 481.

3) Meyer in: Meyer/Borgs, Komm.VwVfG, § 35, Rdnr. 36, S. 264.

4) Schmaltz in: Schrödter, Komm.BBauG, § 39 i, Rdnr. 5, S. 472.

akt, wird eine Klage des Bedarfsträgers auf Feststellung, ob die Voraussetzungen für die Erklärung des Verlangens vorliegen, für zulässig gehalten ¹⁾. Will die Gemeinde den Bedarfsträger verpflichten, die gewünschten Maßnahmen durchzuführen oder zu dulden, muß sie die allgemeine Leistungsklage erheben ²⁾.

-
- 1) Vgl. Schlichter in: Schlichter/Stich/Tittel, Komm.BBauG, § 39 i, Rdnr. 5, S. 662; Schmaltz in: Schrödter, Komm.BBauG, § 39 i, Rdnr. 5, S.472.
2) Schmaltz, aaO, Rdnr. 5, S. 472.

Schlußbetrachtung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß die bedeutendsten Vorhaben des Bundes und der Länder nicht dem Verfahrensrecht der Landesbauordnungen, sondern den Regelungen der Fachplanungsgesetze unterliegen, der Anwendungsbereich des Zustimmungsverfahrens also verhältnismäßig gering ist.

Es konnte nachgewiesen werden, daß gegen eine Bindung des ein Bauvorhaben hoheitlich ausführenden Bundes keine Bedenken bestehen und daß auch der hoheitlich bauende Bund grundsätzlich als Adressat bauaufsichtlicher Eingriffsverfügungen in Betracht kommt. Hinter dem Grundsatz von der Unzulässigkeit polizeilichen Eingreifens gegenüber Hoheitsträgern verbirgt sich das bundesstaatliche Problem der Kompetenzabgrenzung.

Die Gesetzgebungskompetenz für das materielle Bauordnungsrecht steht grundsätzlich den Ländern, für nutzungsadäquate baupolizeiliche Spezialregelungen dem Bund als Annex zu den ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Kompetenzen zu. Diese Spezialregelungen treten nicht an die Stelle des Landesrechts, sondern überlagern es. Zur Bundeskompetenz gehört auch die Befugnis, Verfahrensregelungen zu treffen und anzuordnen, daß diese Regelungen das landesrechtliche Verfahren ersetzen. Die Kompetenz für das Verfahrensrecht steht im Bereich der bundeseigenen Verwaltung dem Bund ausschließlich, bei den Materien der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder Bund und Ländern nebeneinander zu.

Es wurde festgestellt, daß die Aufhebung des § 3

VOöB durch die Landesbauordnungen wegen fehlender Kompetenz durch die Landesgesetzgeber unwirksam war; den Bund als Bauherrn von Verteidigungsanlagen in die Pflicht zu nehmen gehört in die ausschließliche Befugnis des Bundes zur Verfahrensgestaltung aus Art. 86, 87 b Abs. 1 GG iVm Art. 73 Nr. 1 GG. Die ebenfalls noch in Kraft befindlichen Zustimmungsvorschriften der VOöB sind ohne praktischen Anwendungsbereich.

Durch die Erkenntnis, daß die bauaufsichtliche Zustimmung und die isoliert ergehende städtebauliche Entscheidung nach § 37 Abs. 2 BBauG zu einem öffentlichen Bauvorhaben gegenüber Dritten als Verwaltungsakte zu bewerten sind, ergeben sich für den Rechtsschutz im wesentlichen dieselben Probleme wie bei der Baugenehmigung.

Lebenslauf

Geboren am 18. August 1939 in Berlin-Pankow.
Nach Besuch der allgemeinbildenden Schule und
des Instituts für Lehrerbildung in Berlin (Ost)
Ausbildung zur Chemotechnikerin mit anschlie-
ßender mehrjähriger Tätigkeit in der medizini-
schen Forschung (Arbeitsgruppe für perinatale
Klinik und Forschung der Freien Universität
Berlin, Leiter: Professor Dr. Saling). Nach
Erwerb der Hochschulreife Studium der Rechts-
wissenschaft an der Freien Universität Berlin.
Staatsexamina 1975 und 1978. Bis 1983 wissen-
schaftliche Assistentin am Fachbereich Rechts-
wissenschaft der Freien Universität Berlin.

Papyrus-Druck GmbH Berlin ☎ 3416451
Dissertationen